Chambon, Eduard Egmund Joseph

Beiträge zum Obligationenrecht

Bd.: 1

Jena 1851

Chambon

<36618637940018

Chambon's

Beiträge zum

Obligationenrecht.

Beiträge

zum

Obligationenrecht.

Von

Dr. Eduard Chambon,

Professor der Rechte und außerordentlichem Beisitzer des Schöppenstuhls zu Jena.

Erster Band.

Jena,

Druck und Verlag von Friedrich Mauke.

1851.

Vorrede.

Der Umstand, daß erstens die nachfolgenden Abhandlungen sämmtlich dem Obligationenrecht angehören, zweitens manche der späteren mit den schon hier mitgetheilten in einem Zusammenhange stehen sollen, der ein zerstreutes Erscheinen derselben, wie etwa in Zeitschriften, als unzweckmäßig darstellte, veranlaßte ihre Veröffentlichung unter dem Gesammttitel: Beiträge zum Obligationenrecht. In keiner Weise soll in dieser äußeren Form eine Prätension irgend einer Art enthalten sein, es kann diese Arbeit nur durchaus anspruchslos auftreten, und sie bedarf eben deßhalb im Allgemeinen zu ihrer Einführung bei dem juristischen Publikum lediglich der Bitte um eine freundliche Aufnahme und nachsichtige Beurtheilung. Nur über die bei allen Materien gleichmäßige Behandlungsweise und speziell über den Inhalt dieses ersten Bandes, will ich mir einige Bemerkungen erlauben.

Nicht ohne das Bewußtsein, daß ich auch bei der sorgfältigsten Untersuchung das Richtige dennoch zuweilen verfehlt haben kann, lasse ich die nachstehende Schrift in die Oeffentlichkeit hinaustreten; ich halte dies um so eher für möglich, als ich niemals wissentlich einer schwierigen Frage aus dem Wege gegangen bin. Allein habe ich bei einer solchen Gelegenheit geirrt, so darf ich bei ihr wohl auch eher auf Nachsicht hoffen. Es ist leicht, durch Umgehung des Zwei-

felhaften und Ungewissen sich einer tadelnden Kritik zu entziehen, aber ich glaube, daß ein Schriftsteller selbst durch einen Irrthum der Wissenschaft mehr nützen kann, als durch vorsichtig überlegtes Schweigen. Daß unsere Quellen die Basis sind, von denen ich überall ausgegangen bin, davon werden, wie ich hoffe, die einzelnen Abhandlungen selbst Zeugniß geben; bei der Benutzung der Litteratur war es zuweilen schwer, das richtige Maaß zu finden. Wir haben an unserer Litteratur einen Schatz, der allerdings wohl zu sehr zur Schau getragen, gewiß aber nie genug ausgebeutet werden kann. Daneben habe ich auch die neueren Legislationen mindestens beiläufig berücksichtigen zu müssen geglaubt. Welchen wissenschaftlichen Werth wir denselben auch beilegen wollen, ihre thatsächliche Bedeutung läßt sich nicht in Abrede stellen, und der Werth unsres gemeinen Rechts kann sich bei einer Vergleichung mit ihnen nur erproben. Daß ich nicht öfter, als es geschehen ist, Gelegenheit gefunden habe, Urtheile und Präjudizien der höchsten Gerichte mitzutheilen, habe ich nur zu bedauern. Die Schwierigkeit, sich von den einzelnen Entscheidungen dieser Gerichtshöfe Kenntniß zu verschaffen, ist leider häufig die Veranlassung, daß dieses wichtigste Organ unserer Rechtsüberzeugung, durch welches vor Allem dargethan wird, daß unser Recht ein lebendiges, bildungsfähiges, Römisch-Deutsches Recht ist, nicht in vollem Maaße Berücksichtigung findet.

Ueber die erste Abhandlung ist als Vorwort Nichts hinzuzufügen. Fast durchgängig war ich gezwungen, der herrschenden Lehre entgegenzutreten, aber ich darf sagen, daß nicht eitle Sucht nach Selbstständigkeit mich dabei geleitet hat. Welche Absicht ich bei der zweiten Abhandlung verfolgte, darüber findet sich in der Einleitung zu derselben das Nöthige schon bemerkt. Ob eine Untersuchung, wie ich sie dort zu geben versucht habe, an sich verdienstlich, ob die

Art und Weise der Behandlung befriedigend ist, darüber will ich mit keinem Wort dem Urtheil Anderer vorgreifen. Nur zweierlei muß ich zur vorläufigen Abwehr gegen den Vorwurf einer Ungenauigkeit bemerken. Man wird bei der Darstellung der Spuren, die sich von dem Prinzip der const. 2. Cod. de rescind. vend. (IV. 44.) in den Pandekten finden, vielleicht ein oder das andere Fragment vermissen, das als bedeutungsvoll in dieser Beziehung angeführt zu werden pflegt. Nicht Unkenntniß dieser einzelnen Stellen hat mich von ihrer Erwähnung abgehalten, sondern die Ueberzeugung, daß sie der ihnen beigelegten Beweiskraft völlig ermangeln. Gewiß aber thut man einer Theorie einen schlechten Gefallen, wenn man sie mit Quellenbelegen zu stützen sucht, deren Interpretation für die betreffende Frage nie ein sicheres Resultat zu liefern im Stande ist. Hierdurch giebt man den Gegnern nur neue Waffen in die Hände, und es ist eine durch viele Beispiele nachweisliche Erfahrung, daß in unserm Civilrecht eine schlechte Vertheidigung der richtigen Ansicht außerordentlich häufig die Wahrheit lange Zeit hindurch hat verkennen lassen.

Das Zweite betrifft einen scheinbaren Mangel in der Benutzung der vorhandenen Litteratur. Im Jahr 1843 wurde von Vieweg und Sohn in Braunschweig angekündigt:

Die Aufhebung der Rechtsgeschäfte wegen laesio enormis mit besonderer Berücksichtigung der wichtigsten Partikularrechte. Eine civilistische Abhandlung von Dr. O. von Madai.

Ich halte es für meine Pflicht, zu bemerken, daß zufolge einer bei dem Herrn Verleger eingezogenen Erkundigung diese Arbeit des verdienten, leider zu früh verstorbenen Rechtsgelehrten niemals erschienen ist.

Die Abhandlung über die quod jussu actio ist eine deutsche

Ueberarbeitung meines vor Jahren geschriebenen Habilitationsprogramms. Die Wenigen, denen das letztere in die Hände gekommen ist, werden sehen, daß ich Manches nach erlangter besserer Ueberzeugung modificirt, Vieles hinzugesetzt habe. Hier insbesondere auf die Arbeiten meiner Vorgänger genaue Rücksicht zu nehmen, war durch die Verhältnisse geboten. Vorzüglich lange habe ich mich mit Thibaut's Abhandlung, der ich hinsichtlich der historischen Auffassung nirgends beistimmen konnte, beschäftigt, allein ich glaube, deßhalb keiner Entschuldigung zu bedürfen. Aufmerksame Beachtung bei dem Studium und die sorgfältigste Genauigkeit bei Widerlegung ihrer Ansichten ist das Wenigste, was wir dem Andenken unserer großen Todten schuldig sind.

Zum Schluß kann ich nur meine im Anfang ausgesprochene Bitte wiederholen.

Jena, im Mai 1851.

Ch.

Die Lehre
von dem
contractus aestimatorius.

I. Einleitung.

Es giebt Materien in dem Civilrecht, die das Unglück haben, in ihrer Bedeutung unterschätzt und, was das Schlimmere ist, in ihren Schwierigkeiten übersehen zu werden. Bei ihnen pflegt sich traditionell eine Lehre festzustellen, die in einseitiger Auffassung ihren Gegenstand erschöpft zu haben glaubt, wenn sie die allgemeinen Grundsätze der Quellen wiederholt, die gern mit dem einmal Anerkannten sich begnügt, und höchstens ein Verdienst in einer neuen Darstellungsform sucht. Ohne sonderlich fühlbaren Nachtheil bleibt dieses Verfahren, so lange die zweifellose Richtigkeit des vorgetragnen Dogmas eine übereinstimmende Anerkennung desselben mit sich bringt, unnachsichtlich rächt sich dagegen der Mangel an gründlicher Untersuchung bei der ersten entstehenden Controverse; für sie ist ein Endpunkt nicht zu finden, wenn die Prinzipien übergangen werden, deren Mißverständniß ihren Ursprung veranlaßte.

Dieses Verhältniß und ganz besonders der zuletzt erwähnte Uebelstand tritt uns auch bei der Materie entgegen, deren genauere Erörterung hier versucht werden soll. Unter der Ueberschrift: der Trödelvertrag, der **contractus aestimatorius**, auch wohl: die **actio aestimatoria**, finden wir in

unsern Lehrbüchern übereinstimmend folgende Grundsätze vorgetragen: Es kann der Eigenthümer einer Sache dieselbe nach vorgängiger Abschätzung einem Andern zum Zweck der Veräußerung unter der Verpflichtung übergeben, daß entweder die Sache selbst oder die bestimmte Schätzungssumme restituirt werde. Der Tradent hat zur Realisirung seiner Ansprüche die **praescriptis verbis actio aestimatoria**, der Trödler (**scrutarius**) darf den Gewinn, den er durch Verkauf der Sache um einen die Aestimatio übersteigenden Preis macht, für sich behalten, bei besonderem Versprechen auch mit der **actio utilis** einen Lohn fordern.

Ersichtlich ist hiermit die Lehre bei Weitem nicht in ihrem vollen Umfange dargestellt, und dennoch sind diese Bestimmungen die einzigen, die wenigstens heutzutage als unzweifelhaft anerkannt werden. Ueber die Natur des auf die angegebene Weise begründeten Rechtsverhältnisses als Contract, über die Verwandtschaft und Stellung des sogenannten **contractus aestimatorius** zu andern Verträgen, über die Frage: ob durch Tradition der Sache das Eigenthum auf den Trödler übergehe, und wer die Gefahr für dieselbe trage? — haben sich bis jetzt noch immer nicht die Juristen einigen können. Nicht in der Oberflächlichkeit der für die einzelnen Ansichten beigebrachten Argumente ist die Ursache dieser dauernden Meinungsverschiedenheit zu suchen, so wenig die Deductionen Aller geeignet sind, ein sicheres und befriedigendes Resultat zu liefern, so fehlt es doch bei Einzelnen, und zumal bei den ältesten Bearbeitern dieser Lehre, nicht an einer scharfen und geistvollen Auffassung mancher mit besonderen Schwierigkeiten verknüpften Fragen. Vielmehr hat das Mislingen des Versuchs, ein festes und eben deßhalb allgemein anerkanntes Dogma zu gewinnen, nur einen einzigen, allein bisher völlig unberücksichtigten Grund. Der Trödelvertrag verdankt seine Existenz

der actio aestimatoria, und soviel auch über diese und ihr Verhältniß zu andern Klagen geschrieben worden ist, so ist dennoch das Wichtigste an ihr: ihre Entstehung, soviel ich weiß, niemals Gegenstand einer sorgfältigen Untersuchung gewesen. Hierdurch hat man aber unverkennbar sich selbst die Möglichkeit entzogen, mit Hülfe einer consequenten Fortentwicklung von einer sicheren Basis aus die Natur des contractus aestimatorius zu bestimmen, man gab von Anfang herein einer willkürlichen Auffassung Spielraum, und so ist es gekommen, daß die Zweifel, welche die Römischen Juristen vor Einführung der Klage beschäftigten, auch auf eine Zeit übertragen worden sind, zu der ihre Lösung schon gegeben und lediglich richtig aufzufassen und vorzutragen war.

In der That findet sich fast bei allen Schriftstellern, mögen sie bei compendiarischer Darstellung diese Lehre in wenigen Zeilen abgethan, oder in Dissertationen eher weitläufig als gründlich erörtert haben, schon in den obersten Grundsätzen, von denen sie ausgehen, eine größere oder geringere Unsicherheit. Die Aelteren bürden zuweilen den Römern durch Annahme eines contractus aestimatorius als benannten Contracts eine Anschauungsweise auf, welche mit deren ganzem Vertragsystem im Widerspruch steht, die Neueren räumen entweder dem contractus aestimatorius in den Lehrbüchern gar keine Stelle unter den selbstständigen Verträgen ein [1]), oder wenn sie es thun, stellen sie dessen Eigenthümlichkeiten so wenig übereinstimmend und scharf auf, und machen seine Existenz so ausschließlich von der ausdrücklich auf ihn gerichteten Willensmeinung der Partheien abhängig, daß man fast zu der Frage geführt wird, wozu er überhaupt noch eine besondere

1) Mühlenbruch: Pandekten § 430. Unterholzner: Die Lehre von den Schuldverhältnissen. Bd. II. S. 303 flgde.

Erwähnung findet. Diese zum Theil sehr alten Mißverständnisse haben die seltsame Controverse entstehen lassen: ob ein Trödelvertrag im Zweifel vermuthet werde? J. H. Böhmer[1]) vertheidigt diese Präsumtion unter Berufung auf die l. 1. Dig. de aestimatoria (XIX. 3.), Hellfeld[2]) verwirft sie, Glück[3]) hält sie für bedeutend genug, um ihr einen eigenen Paragraphen zu widmen. Bei seiner Entscheidung ist Wahres mit Falschem gemischt. Mit Recht meint er, es komme einerseits auf die Absicht der Partheien, andrerseits aber auch auf die davon unabhängige objective Natur des abgeschlossenen Geschäfts an; unrichtig ist es dagegen, auf die Qualität der Person, mit welcher contrahirt wird, in der Weise ein Gewicht zu legen, daß der Vertrag für einen contractus aestimatorius zu halten sein soll, wenn jene von dem Vertrödeln Profession macht. Dieser Umstand kann nur insofern in Betracht kommen, als, bei sonst geeigneter Qualification der faktischen Verhältnisse, aus der Stellung der Personen ein Schluß zu rechtfertigen ist auf deren Absicht bei Abschluß des Geschäfts. Sintenis[4]), der übrigens der allein richtigen Meinung ist, daß weder für noch gegen die Existenz eines Trödelvertrags eine Vermuthung aufgestellt werden kann, hebt es bei Beurtheilung des concreten Falls noch als bedeutungsvoll hervor, ob der Ausdruck Trödel gebraucht worden sei, und allerdings ist dieser Ausdruck im gewöhnlichen Leben verhältnißmäßig so wenig üblich, daß seine Anwendung eine genauere Vorstellung des mit ihm verbundenen Begriffs bei den Partheien annehmen läßt; nur darf man nicht umgekehrt den Schluß ziehen,

---

1) Dissert. de translatione dominii in contractu aestimatorio. § 15. 16. (Exercitationes ad Pandect. tom. III. ex. LIV.)

2) Jurisprudentia forensis tom. I § 1067.

3) Commentar. Bd. XVIII. § 1066.

4) Das gemeine Civilrecht. Bd. II. § 117. Not. 2 a. E.

daß, wo er nicht vorkommt, der **contractus aestimatorius** nothwendig ausgeschlossen sein muß.

Sogar Puchta [1]), dem es vor Vielen vorbehalten war, in scharfsinniger Auffassung die verwickeltsten Rechtsverhältnisse zu scheiden, und für jedes derselben mit wenigen Worten eine geistvolle Charakteristik zu geben, hat die Schwierigkeit, welche die enge Verwandtschaft des Trödelvertrags mit andern Contracten mit sich bringt, nicht überwunden. Innerhalb des Kreises, in welchem die **praescriptis verbis actio aestimatoria** Anwendung finden muß, unterscheidet Puchta noch wieder den eigentlichen Trödelvertrag von andern Geschäften, die mehr den Charakter eines Auftrags oder einer Dienstmiethe haben. Letztere sollen anzunehmen sein, wenn der Anstoß zu dem Geschäft nicht von dem Trödler, sondern vom Eigenthümer der Sache ausgegangen ist, oder wenn Beide übereingekommen sind, ohne daß sich entscheiden läßt, von wem die erste Proposition herrührt. Der eigentliche Trödelvertrag soll dagegen in dem andern Fall entstehen, wenn der Trödler das Rechtsgeschäft veranlaßte, und ihm wird dann das Periculum und Eigenthum unter einer Resolutivbedingung zugeschrieben.

Es ist gewiß ein Schritt zur richtigen Erkenntniß des Verhältnisses, wenn Puchta behauptet, daß vorzugsweise zur Beantwortung der beiden Fragen: wer Eigenthümer wird, und wer die Gefahr trägt? mehrere Fälle unterschieden werden müssen. Allein irrthümlich ist es, dies in der angegebenen Weise zu thun. Der Begriff des Trödelvertrags ist kein willkührlich erfundener, er ist durch die **aestimatoria actio** eingeführt und schließt sich derselben an. Wo sie angewendet wird, setzt sie ein Uebereinkommen voraus, und dieses Uebereinkommen ist eben der Trödelvertrag. Muß man nun zugeben, daß

---

1) Pandekten und Vorlesungen § 313.

die Klage auch in den Fällen möglich ist, wo das Geschäft mehr den Charakter eines Auftrags oder einer Dienstmiethe annimmt, so ist auch hier ein Trödelvertrag vorhanden, und es ist ungerechtfertigt, diesen Fällen gegenüber einen eigentlichen contractus aestimatorius anzuerkennen. Daß die Quellen eine verschiedene Haftungspflicht des Trödlers annehmen, jenachdem der Anstoß zu dem Geschäft von ihm ausging oder nicht, kann die Richtigkeit der von Puchta aufgestellten Unterscheidung nicht begründen, denn abgesehen davon, daß man zunächst eine Erklärung dieser eigenthümlichen Bestimmung der Quellen erwarten dürfte, ist ja noch erst zu beweisen, daß die strenge Haftungspflicht des Trödlers für das Periculum ein charakteristisches Merkmal des contractus aestimatorius ist.

Die Lehre vom Trödelvertrag, und mit diesem Ausdruck soll das Rechtsverhältniß: cum res vendenda datur zunächst kurz bezeichnet werden, ist gleichmäßig aus den Eigenschaften, die ihm allein eigenthümlich sind, und aus seinem Charakter als Innominatcontract zu construiren. Von jeher ist nun die Natur der Innominatcontracte streitig, ihre Entstehung, und im Gegensatz dazu, die Berechtigung zum einseitigen Rücktritt — das Reurecht — Gegenstand mannichfacher Zweifel gewesen. Diese auf dem ganzen Gebiet herrschende Unsicherheit mußte nothwendigerweise auch auf den contractus aestimatorius einen Einfluß äußern, wesentlich ist aber durch sie dessen richtige Erkenntniß nicht behindert worden. Die hauptsächlichsten Zweifel erheben sich über das spezifische Wesen des Trödelvertrags, und zwar sind auch diese wieder doppelter Art. Einmal beziehen sie sich auf die negativen Merkmale desselben, die seine Subsumtion unter einen benannten Contract, Kauf, Miethe, Mandat oder Societät unmöglich machten, sodann treten sie hervor hinsichtlich des positiven Charakters, den das Uebereinkommen in seiner späteren Ausbildung angenommen

hat. Die Schwierigkeiten der ersten Art hatten auch die Römer, und diese ganz besonders bei der Frage nach der für das Rechtsverhältniß passenden Klage zu überwinden, uns würden sie erspart gewesen sein, wenn man sich mit größerem Fleiße und dann auch mit besserem Erfolg dem Bestreben zugewendet hätte, den Gedankengang der Römischen Juristen, der allerdings in den Quellen sich nur angedeutet findet, zu reconstruiren. Die Bestimmung der positiven Merkmale ergiebt sich zum großen Theil aus den negativen Momenten, und eben deßhalb ist das Verfahren ein ungeeignetes, welches die Darstellung mit jenen beginnen und diese nur beiläufig berücksichtigen will.

Es ist keine Unmöglichkeit, auch von dem richtigen Standpunkt ausgehend, dennoch das Ziel zu verfehlen, allein auf einem Irrweg ist dasselbe gewiß nicht zu erreichen. So soll auch hier nicht im Entferntesten behauptet werden, daß die Resultate der nachfolgenden Abhandlung über jeden Zweifel erhaben sind, aber unbedingt wird niemals eine befriedigende Entscheidung der über diese Lehre herrschenden Streitfragen möglich sein, so lange man nicht, statt den bisher eingeschlagenen Weg wieder zu betreten und lediglich die äußere Stellung der aestimatoria actio in Betracht zu ziehen, deren innere Natur zum Ausgangspunkt für die Untersuchung nimmt.

II. Die Entstehung der actio aestimatoria.

Bei der Aufgabe, die Entstehung der actio aestimatoria nachzuweisen, können wir nur von demjenigen Moment ausgehen, dessen charakterisirende Eigenschaft sich schon in dem Namen der Klage ausspricht. Allein, so unzweifelhaft die aestimatoria stets und mit Nothwendigkeit eine vorgängige

Aestimatio voraussetzt, ebenso gewiß ist sie nicht eine unbedingte Folge der letzteren, und die eigentliche Schwierigkeit der Untersuchung ruht eben darin, mit Sicherheit die Fälle zu bestimmen, in denen eine Aestimatio so qualificirt war, daß sie durch eine besondere Klage Schutz finden mußte.

Unvermeidlich wird es bei der nachfolgenden Darstellung sein, auch solche Punkte zur Anschauung zu bringen, die nicht direct hierher gehören. Die Aestimatio ist an sich etwas Allgemeines, nicht an einen einzelnen Vertrag Gebundenes, und in Uebereinstimmung hiermit finden wir bei vielen Contracten, die auf das Hingeben einer Sache gehen, dieselbe zum Zweck einer Modification der Contractsnatur hinzugefügt. Die nach der Absicht und Wirkung, in der die Aestimatio zu geschehen pflegt, verschiedenen Fälle sind streng aus einander zu halten, sie aber auch an dieser Stelle einzeln zu erörtern, ist deßhalb nothwendig, weil einer von ihnen eben derjenige ist, für den die ästimatorische Klage ins Leben gerufen wurde, und dieser eine sich nicht mit Bestimmtheit angeben läßt ohne vergleichende Berücksichtigung der übrigen.

Folgende Möglichkeiten sind zu unterscheiden:

I. Wenn zufolge eines Rechtsverhältnisses von dem einen Contrahenten dem andern Sachen unter der Verpflichtung zu künftiger Restitution überliefert werden, so kann eine Aestimatio dieser Gegenstände zu dem Zweck vorgenommen werden, um vorläufig schon den Werth derselben auf den Fall hin zu bestimmen, daß ihre Restitution unmöglich geworden, und der Schuldner deßhalb doch von seiner Verpflichtung nicht befreit ist. Mit andern Worten: es werden die Restitutionsobjecte gleich anfänglich tarirt, und diese Aestimatio giebt den Maaßstab bei Berechnung des Schadens, den der Verpflichtete zufolge seiner Haftung für Culpa, nicht auch für Casus zu ersetzen hat. Man pflegt diese Abschätzung eine **aestimatio**

taxationis causa zu nennen; der Hauptfall, in welchem sie vorkommt, tritt ein bei der Dos, wenn es ausgemacht ist, daß die res dotales aestimatae selbst nach beendigter Ehe zurückgegeben werden sollen. Das periculum culpae trägt hier der Mann, das periculum casus die Frau [1]).

Neben dieser Aestimatio, deren Wirkung eine rein äußerliche ist, da sie lediglich conventionell den Werth des Restitutionsobjects festsetzt, nicht aber das contractliche Verhältniß selbst in irgend einer Weise modificirt, steht zunächst:

II. die Aestimatio, welche die Haftung für Culpa zwar erhöht, allein doch keine Verpflichtung für den Casus einzustehen nach sich zieht. Es kommt der Fall vor, daß die Sache, welche dem abgeschlossenen Vertrag gemäß an den einen Contrahenten übergeben werden soll, vorher abgeschätzt wird, ohne daß damit eine Veräußerung derselben in der Absicht der Partheien liegt. Die gesammte Wirkung der Aestimatio beschränkt sich in diesem Fall darauf, daß der außerdem nur für eine gröbere Verschuldung Verhaftete nun allen Fleiß im Bewahren der Sache anwenden muß. Von diesem Fall spricht die l. 52 § 3. Dig. pro socio (XVII. 2), wo der Socius, qui pecus aestimatum acceperit, für die Custodia haften, d. h. für den Diebstahl einstehen soll [2]). Die Gefahr, welche im Gefolge einer vis major eintritt, trägt er dagegen nicht. Bemerkenswerth ist noch, daß Ulpian am Ende der angeführten Stelle hinzufügt:

Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa, pascenda data sunt, quamvis aestimata.

---

1) l. 60 § 7. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.) c. 21. Cod. eod. (V. 12). Vergl. Hasse: Die Culpa des Röm. Rechts. S. 447.

2) Nach Hasse a. a. O. S. 381 ist diese Stelle die einzige, die eine Aestimatio mit der angegebenen Wirkung erwähnt.

Ersichtlich wird hier noch eine Aestimatio mit andern Voraussetzungen und Wirkungen als möglich gedacht, die nicht, wie in dem angeführten Fall, bei Gelegenheit eines anderweitigen Vertrags, nur die Haftungspflicht modificirend, aber ohne dessen ursprüngliche Natur zu ändern, hinzugefügt wird, sondern nach der Absicht der Partheien dem ganzen Contract einen andern Charakter verleiht. Ja, die letzten Worte: **quamvis aestimata** deuten darauf hin, daß jene in der Stelle selbst besprochne Aestimatio die Ausnahme, die nur angedeutete die Regel bildet. Bevor wir aber auf diese übergehen, ist noch als eine Mittelstufe zu erwähnen:

III. die Aestimatio, durch welche die Gefahr für den die abgeschätzte Sache treffenden Zufall übertragen werden soll. Es ist möglich, gegen die Natur des Vertrags durch ein besonders darauf gerichtetes Uebereinkommen das **periculum casus** auf den sonst nur für Culpa Verpflichteten übergehen zu lassen [1]. Diese Verabredung kann aber auch stillschweigend dadurch getroffen werden, daß man eine Aestimatio vornimmt, und der Empfänger der Sache verspricht die Schätzungssumme restituiren zu wollen. Zerlegen wir das Verhältniß nach den Möglichkeiten, die eintreten können, so sind dies folgende: Entweder wird die Sache von keinem Casus betroffen, und dann wird sie dem Wesen des Contracts gemäß restituirt, oder sie geht unter, und dann tritt für den Restitutionspflichtigen eben jene übernommene Verbindlichkeit ein: er muß den festgesetzten Preis für dieselbe bezahlen, sie gilt als für diesen Fall an ihn veräußert. Mag also der Vertrag sein welcher Art er will, durch die Aestimatio kommt zu ihm hinzu eine **conditionalis venditio**, die Bedingung der Existenz des Kaufs ist der Untergang der ästimirten Sache.

1) l. 7 § 15 Dig. de pactis (II. 14).

Als quellenmäßige Hauptfälle dieser Abschätzung sind zu erwähnen:

1) die in l. 54 § 2. Dig. Locati (XIX. 2.) erwähnte Aestimatio. In dieser Stelle heißt es:

Paulus respondit: servus, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit; et ideo aestimationem hujus defuncti ab herede colonae praestari oportere.

Zwei verschiedene Verständnisse dieser Entscheidung sind möglich: man kann der Aestimatio die Wirkung beilegen, daß die Gefahr übertragen wird in Folge eines von keinem weitern Ereigniß abhängigen, also unbedingten Verkaufs, oder man nimmt lediglich eine Haftung für den Casus und einen Kauf nur unter der Bedingung an, daß die Sache wirklich untergeht. Bei der ersten Auffassung, die sich bei Sell findet[1]), gelangt man zu der nothwendigen Consequenz, daß der Colonus als Käufer durch die Tradition wirkliches Eigenthum an dem Sklaven erwirbt, und später nur zur Erstattung der Schätzungssumme, nicht auch des Sklaven selbst berechtigt und verpflichtet ist. Bei der letzteren Erklärung ist der Pachter vielmehr regelmäßig den Sklaven zu restituiren verbindlich, und nur wenn dieser gestorben ist, darf und muß er die Aestimatio leisten; von einem Eigenthumsübergang an den Pachter durch Tradition kann natürlich nicht die Rede sein.

Sell behauptet im Allgemeinen, daß bei einer Aestimatio der Pachtobjecte, der zufolge den Pachter die volle Gefahr treffe, ein wahrer Kauf mit Eigenthumsübergang und Verpflichtung die Schätzungssumme, nicht auch die ästimirte Sache selbst zu prästiren vorliege. Er stützt sich dabei auf die l. 3

1) Beiträge zur Lehre vom Mieth- und Pachtvertrag. Archiv: Bd. XIX. S. 306.

Dig. eodem (XIX. 2.), wo allerdings von einem wahren und nur in die Form einer Aestimatio gekleideten Kauf die Rede ist, und ferner auf die in der angeführten Stelle ausdrücklich erwähnte Analogie, die sich in den Bestimmungen über die venditionis causa ästimirten Dotalsachen findet. Den Fall der l. 54 § 2 cit. endlich beurtheilt er ganz gleichmäßig mit dem andern der l. 3 cit.

Daß aber Letzteres nicht richtig ist, und somit seine Behauptung in ihrer Allgemeinheit ungerechtfertigt erscheint, läßt sich folgendermaaßen nachweisen: In der l. 3 wird ausdrücklich ein Kauf als dasjenige Verhältniß bezeichnet, das faktisch vorliege, wenn auch zunächst eine Verpachtung stattfinde und stattfinden solle, es wird außerdem zum richtigen Verständniß der vielleicht Zweifel erregenden Entscheidung auf die Grundsätze bei ästimirten Dotalsachen verwiesen. An der l. 54 § 2 war es gewiß möglich, nicht geringeren Anstoß zu nehmen, dennoch enthält sie kein Wort der Anschließung an jene anderen Fälle, und in der That zeigt es sich auch bei näherer Betrachtung, daß sie ein ganz anderes Verhältniß zu Grunde legt. Sell bemerkt selbst, daß die l. 54 dem strengen Wortlaut nach nur von dem Periculum spreche. Anstatt dies für gleichgültig zu erklären, weil die l. 3 ausdrücklich einen Kauf annehme, hätte schon dieser Umstand bei der Entscheidung nicht unbemerkt bleiben dürfen, noch mehr aber muß ein bisher übersehener Ausdruck in der l. 54 § 2 in Betracht kommen. Paulus ist gefragt worden, ob der Colone die Gefahr für den ihm bei dem Pachtabschluß ästimirt übergebenen Sklaven trage? Er bejaht diese Frage und fügt hinzu: et ideo aestimationem hujus defuncti ab herede colonae praestari oportere, d. h. es muß also für den Sklaven, wenn er gestorben ist, die Aestimatio gezahlt werden. Diese Beschränkung der Verbindlichkeit, die Schätzungssumme zu lei-

sten, beweist unwiderleglich, daß der hier entschiedene Fall ein anderer ist als der in l. 3 cit. besprochne, wo mit der Annahme eines wahren Kaufs in jedem Fall eine Verpflichtung zu Zahlung der Aestimatio vorliegt. Dort kann der Schuldner nur auf das Pretium belangt, und durch dessen Leistung liberirt werden, in der l. 54 wird zunächst der geschätzte Sklave selbst von ihm gefordert, und den Preis desselben muß er erst dann zahlen, wenn er ihn selbst zu liefern nicht mehr im Stande ist.

2) Gleiche Wirkung kann eine Aestimatio bei einem Commodat haben:

> l. 5 § 3 Dig. Commodati (XIII. 6). Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Diese Stelle ist fast noch mehr als die vorige Mißverständnissen ausgesetzt, und überdies bei unsrer Lehre so vielfach angewendet worden, daß wir auf sie im Laufe der Untersuchung noch öfter zurückkommen, gleich hier aber auf ihre Bestimmung näher eingehen müssen.

Zunächst ist hier die mögliche Annahme zurückzuweisen, als spräche die Stelle von einer sogenannten taxationis causa facta aestimatio, die ihr oben unter Nr. II. ihren Platz anweisen würde. Das Wesen der Taxation gegenüber der Aestimatio besteht, wie wir gesehen haben, darin, daß die Höhe des durch Culpa möglichen Schadens gleich anfänglich durch Verabredung der Partheien festgesetzt wird, indem sie sich über den Werth des betreffenden Objects, das möglicherweise in Folge der Verschuldung nicht mehr geleistet werden könnte, einigen. Die Haftung für Casus wird durch Taxation niemals übertragen, von diesem spricht aber die l. 5 § 3 cit., indem sie dem Commodatar omne periculum auferlegt.

Nicht minder irrig würde die andere extreme Ansicht sein, daß auch hier ein unbedingter Kauf mit seinen Consequenzen angenommen werden müsse. Diese Meinung findet sich bei Glück [1]), der als Belege für den Satz, daß der Conductor die Gefahr für die gemiethete Sache trage, wenn diese ihm abgeschätzt übergeben wurde, neben einander die obigen leg. 3 und 54 § 2, ferner aber auch die l. 5 § 3 cit., die l. 1 § 1 Dig. h. t. (XIX. 3.) und die const. 9. Cod. de rescind. vend. (IV. 44.) anführt. Um die Ungründlichkeit dieser Zusammenstellung in ihrem ganzen Umfang nachzuweisen, müßten wir uns einerseits zu weit von unserer Aufgabe entfernen, andrerseits aber auch Fragen schon vorläufig besprechen, die erst weiter unten im Laufe dieser Untersuchung ihre Beantwortung finden können. Soviel zeigt aber selbst eine oberflächliche Anschauung, daß man einer Argumentation, wie die bei Glück vorgetragene ist, zu große Ehre anthut, wenn man sie mit dem Namen einer juristischen Deduction belegt.

Der beste Grund, der sich für die getadelte Auffassung der l. 5 § 3 cit. aufstellen ließe, ist von Glück nicht benutzt worden. In der l. 7 § 5 Dig. de donat. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) wird der Fall besprochen, daß der Ehemann donationis causa die Dotalgegenstände für eine ihren Werth übersteigende Aestimatio angenommen habe. Nach der von Ulpian gegebenen Entscheidung soll er die Objecte selbst restituiren dürfen, wenn er nicht die Aestimatio zu leisten vorzieht. Weiter aber fügt der Jurist noch hinzu:

Nec aliud in commodato aestimato observari solet, ut Pomponius libro quarto variarum Lectionum scribit.

Unzweifelhaft ist es nach diesen Worten, daß die commodatweise Uebergabe abgeschätzter Sachen gleichgestellt wird

---

1) Commentar: Bd. XVII. S. 488.

der Tradition von res dotales venditionis causa aestimatae, daß auch bei einem Commodat, wenn die Abschätzung in der Absicht zu schenken geschehen ist, eine alternative Berechtigung des Commodatars, entweder das Object selbst oder die Aestimatio zu leisten, eintritt, mithin der Regel nach nur die letztere verlangt werden kann. Allein so richtig diese Schlußfolgerung ist, so beweist sie doch nur, daß bei einem Commodat auch eine Aestimatio mit der Wirkung unmittelbarer Veräußerung an den Commodanten vorkommen kann, nicht im Entferntesten aber, daß jede Aestimatio diese Folge hier haben muß. Auch bei der Dosbestellung kommt eine Aestimatio mit verschiedener Wirkung vor, und Niemand glaubt deßhalb die Stellen, welche von der aestimatio taxationis causa sprechen, auf die aestimatio venditionis causa beziehen zu dürfen. Zunächst ist also nur die Möglichkeit dargethan, wenn nicht andere Gründe entgegenständen, die l. 5 § 3 analog der Entscheidung in l. 7 § 5 cit. zu erklären; in der That aber kommt gegen eine wirkliche Gleichstellung beider Stellen Folgendes in Betracht: In der l. 5 Commodati soll nach § 2 im Allgemeinen untersucht werden, wofür der Commodatar hafte, ob für Dolus, Culpa oder auch für omne periculum. Ulpian unterscheidet bei Gelegenheit dieser Frage verschiedene Contracte, und beurtheilt die Haftungspflicht nach dem Umstande, ob der Vertrag seinem Inhalt nach den Vortheil beider oder nur der einen Parthei bezwecke. So soll der Depositar regelmäßig nur für den Dolus einzustehen haben, bei Kauf, Miethe und überhaupt wo utriusque utilitas vertitur, wird auch neben dem Dolus noch Culpa prästirt. Beim Commodat endlich ist in der Regel der Vortheil allein auf Seiten des Empfängers, und deßhalb trifft ihn die Verpflichtung, für Culpa und Diligentia zu haften. Das periculum casus kann wie nirgends im Römischen Recht, so auch bei

dem Commodat nicht Folge der Obligation selbst sein; um aber einen Fall anzuführen, wo dennoch dasselbe auf den Commodatar übergeht, fügt der Jurist die Worte hinzu, deren Bedeutung hier der Beurtheilung unterliegt. Es muß zugegeben werden, daß der Ausdruck selbst die Möglichkeit einer andern Deutung nicht ausschließt, unzweifelhaft weist dagegen der Zusammenhang, in dem dieser Ausspruch Ulpians steht, darauf hin, daß ein Fall gemeint ist, in welchem omne periculum zwar übergeht, aber doch zunächst ein Commodat noch vorliegt, nicht aber ein Rechtsgeschäft Erwähnung finden soll, welches unbedingt sofort bei der Aestimatio seinen Charakter als Commodat verliert und den eines Kaufes annimmt.

Andere Beispiele der Aestimatio, die in l. 54 § 2 Dig. Locati (XIX. 2.) und in l. 5 § 3 cit. erwähnt ist, kenne ich nicht, mehrere Stellen scheinen äußerlich dasselbe Verhältniß zu besprechen, ergeben sich aber bei näherer Untersuchung als nicht hierher gehörig. Gleichviel jedoch, ob unsere Quellen jener Aestimatio noch bei andern Contracten Erwähnung thun oder nicht, jedenfalls ist dieselbe praktisch bei den Römern auch beim Depositum, Mandat und Pignus vorgekommen. In der l. 39 Dig. Mandati (XVII. 1.) heißt es, nach getroffner Uebereinkunft könne bei dem Depositum und Mandat der Depositar und Mandatar das Periculum für die Sache übernehmen. Zunächst wird dabei allerdings wohl nicht an eine den Uebergang der Gefahr vermittelnde Aestimatio gedacht, daß diese aber bei dem Depositum im Allgemeinen möglich war, bezeugt die l. 52 pr. Dig. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.), wo neben diesem Vertrag eine Abschätzung sogar mit der Folge unmittelbarer Veräußerung angenommen wird. Hiernach erscheint es für das Depositum vollständig gerechtfertigt, eine Aestimatio mit geringerer Wirkung anzunehmen, und auch bei dem Mandat steht, sobald einmal die Möglichkeit anerkannt

war, daß das Periculum durch besondere Uebereinkunft übergehen konnte, Nichts im Wege, daß dies in der Form einer Abschätzung geschehen ist.

Für die gleiche Annahme bei dem Pignus sprechen folgende Gründe: Einmal ist in der Haftungspflicht der Pfandgläubiger dem Commodatar gleichgestellt, es qualifiziren sich also die äußeren Verhältnisse dazu, die an sich schon strenge Haftung bis zu dem **periculum casus** zu erhöhen [1]). Zweitens läßt es sich nachweisen, daß die Römer einen bedingten Verkauf des Pfandobjects an den Gläubiger für möglich erachteten. In **l. 16 § 9. Dig. de pignorib. (XX. 1.)** heißt es, ein Pfand könne in der Weise bestellt werden, daß es **jure emtionis** dem Gläubiger für einen durch Aestimation nachher zu bestimmenden Preis verbleiben solle, wenn der Schuldner nicht binnen einer gewissen Zeit bezahlt habe; **hoc enim casu,** fährt der Jurist fort, **videtur quodammodo conditionalis esse venditio** [2]).

Die eigentliche Schwierigkeit dieser Stelle ruht in der Frage, wie sie mit dem Verbot der **lex commissoria** beim Pfandrecht in Einklang gesetzt werden kann. Uns kommt es hier auf diesen Punkt nicht an, vielmehr ist die **l. 16 cit.** nur deßhalb zu erwähnen, weil in ihr ausgesprochen ist, daß ein eventueller Verkauf an den Gläubiger bei dem Pfandcontract vorkam. Wenn einerseits dies als möglich anerkannt wird, andrerseits sich eine Erhöhung der Haftungspflicht des Letzteren ebenso gut annehmen läßt, wie bei dem Commodatar [3]), konnte

---

1) **l. 13 § 1. Dig. de pignerat. act. (XIII. 7.).**

2) Zu vergleichen ist auch noch: **l. 81 pr. Dig. de contrah. emt. (XVIII. 1.).**

3) Der Uebergang der Gefahr auf den Pfandgläubiger konnte überdies den Römern nach den Grundsätzen der **fiducia** nichts Ungewöhnliches sein.

da nicht diese Erhöhung durch eine Aestimatio der Sache herbeigeführt werden, die eine conditionalis venditio nach sich zog? Problematisch bleibt es allerdings, ob dies wirklich geschehen oder bei den Römern sogar üblich gewesen ist; über das Factum haben wir keine Nachricht, es genügt der Nachweis, daß die Möglichkeit seines Eintretens nicht ausgeschlossen war durch innere Gründe.

Das Charakteristische der Aestimatio, die bis jetzt Gegenstand der Betrachtung gewesen ist, beruht darin, daß sie den Uebergang der Gefahr auf den Empfänger der Sache bewirkt. Hierdurch unterscheidet sie sich von der Abschätzung, die taxationis causa geschieht, und ebenso von der unter II dargestellten Aestimatio, die nur eine Erhöhung der Haftung bis zu der Verbindlichkeit, allen Fleiß anzuwenden, nicht aber ein Einstehen für den Casus zur Folge hat [1]).

Ferner ist nicht zu übersehen, daß die Gefahr für den Zufall auch ohne Aestimatio durch ein einfaches Pactum übernommen werden konnte, daß also jene nur als eine mögliche, nicht aber nothwendige Form erscheint, um den angegebenen Zweck zu erreichen. Im Resultat nun blieb es sich gleich, auf welche Weise man zu Werke gegangen war; hatte man aber einmal die Aestimatio angewendet, so mußte diese als Form noch eine besondere Wirkung haben. Durch sie war ein Preis festgesetzt worden, der anstatt der Sache geleistet werden sollte, das Verhältniß erschien als Kauf, aber als ein bedingter, da

---

1) Man kann sich die unter I und II angegebene Aestimatio bei einem Fall vereint denken: des Empfängers Haftung konnte gesteigert, und zugleich durch Verabredung festgesetzt werden, wieviel er leisten solle, wenn die Restitution der Sache durch seine Schuld unmöglich wurde. Eine Vereinigung mit der Aestimatio III ist undenkbar, denn die Uebernahme des periculum casus absorbirt die Wirkungen, welche die vorgenannte Abschätzung auf die Haftung für Culpa hatte.

zunächst die Verpflichtung auf Restitution der Sache ging, und nur dann, wenn diese untergegangen war, der Schätzungspreis an ihre Stelle trat. Durch dieses Auftreten einer venditio neben dem ursprünglichen Contract entsteht noch die weitere Frage, ob und in wie weit die Natur des letzteren durch jene aufgehoben oder modificirt wird?

Wenn wir den Fall der oben erörterten l. 54 § 2. Dig. locati (XIX. 2.) betrachten, so könnte die Meinung entstehen, daß in ihm eine sogenannte locatio irregularis vorliege, und wirklich wird er auch, z. B. von Sell, in dieser Weise aufgefaßt. Allein mit dem oben versuchten Nachweis, daß die l. 54 nicht auf einer Linie steht mit l. 3 eodem und den Stellen, die von einer aestimatio venditionis causa facta bei Dotalsachen sprechen, ist indirect eigentlich schon eine solche Annahme widerlegt. Die Irregularität eines Vertrags besteht in einer derartigen Vermischung desselben mit einem andern Contract, daß beide bei ein und demselben Geschäft neben einander bestehen, in dem Fall der l. 54 dagegen ist eine Coexistenz zweier Contracte nicht anzunehmen, der Vertrag ist zunächst eine locatio regularis, und wenn die Sache untergeht, hört er auf, dies zu sein und wird zum Kauf [1]). Ganz das Nämliche muß begreiflicherweise beim Commodat und bei jedem andern Vertrag eintreten, bei welchem die Aestimatio eine conditionalis venditio hervorruft, und es gilt mithin gleichmäßig für alle hierher gehörigen Fälle die Regel, daß der ursprüngliche Contract durch die Abschätzung bis zu dem Untergang der res aestimata durchaus nicht modificirt, in diesem Augenblick aber völlig aufgehoben wird.

IV. Es kann die Aestimatio keine größere Wirkung auf

1) Vortrefflich finden sich die einzelnen Möglichkeiten geschieden bei Puchta: Vorlesungen § 365.

ein Rechtsverhältniß, dem sie beigefügt ist, haben, als daß sie das periculum casus auf den Empfänger der Sache überträgt, und eventuell an die Stelle des eigentlichen Contracts einen Kauf setzt. Allein die letztere Wirkung kann noch unmittelbarer, als es in den bisher betrachteten Fällen geschah, eintreten, die Aestimatio sofort dem Geschäft den Charakter eines Kaufs geben. Diese Folge hat die Aestimatio jedesmal, wenn die Partheien dieselbe in der Absicht vornehmen, sie als einziges und unbedingtes Restitutionsobject festzusetzen, die Schätzungssumme wird zum Kaufpreis, Uebergang des Eigenthums und der Gefahr sind die natürliche Folge. Als einzelne Fälle, in denen ein solches Verhältniß entsteht, sind zu bemerken:

1) Vor allen der einer dos venditionis causa aestimata. Um jeden Zweifel über die Natur des bei einer derartigen Dosbestellung vorliegenden Geschäfts zu heben, sagt Ulpian in der l. 10. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.):

> § 4. Secutis igitur nuptiis, aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio und
>
> § 5 — aestimatio enim venditio est.

Als eine Consequenz dieser Auffassung ist es zu betrachten, wenn es im Anfang derselben l. 10. heißt:

> Plerumque interest viri, res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat,

und ferner mehrfach anerkannt wird, daß der Ehemann, weil durch den Kauf die Dos eine pecuniaria geworden ist, lediglich die Schätzungssumme restituiren darf und muß:

> l. 10 cit. § 6: Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio, aut res praestentur et q. s.

const. 5. Cod. de jure dot. (V. 12.): Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. Si itaque non convenit, ut soluto matrimonio restituerentur, et jure aestimatae sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat.

Endlich wird auch durch Anwendung der actio emti venditi formell das Verhältniß als Kauf betrachtet:

const. 1. Cod. eod.: — sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem ejus, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio.

const. 10. Cod. eod.: Quum dotem te aestimatam accepisse profitearis, apparet jure communi, per pactum, quod doti insertum est, formato contractu ex emto actionem esse. Quis enim dubitet, aestimationem a te mulieri deberi, quum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur?

Diese letztere Stelle ist für alle obige Sätze als ganz besonders beweisend anzusehen.

Bei der dos venditionis causa aestimata ist das Verhältniß, wie es soeben dargestellt worden ist, die Regel; allein es können hiervon wieder durch eine besondere Convention, die dem Ehemann oder der Frau das Wahlrecht hinsichtlich des Restitutionsobjects giebt, Modificationen eintreten [1]. Ist es der Frau überlassen worden, ob sie die Sache selbst oder das Pretium für dieselbe haben will, so wird dadurch der

---

1) l. 10 § 6. Dig. h. t. (XXIII. 3.): Ein Wahlrecht des Mannes kann auch in Folge gesetzlicher Bestimmung eintreten l. 7 § 5. Dig. de donat. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.).

durch die Aestimatio begründete Charakter eines unbedingten Kaufs wieder geändert. Nach den Schlußworten der l. 10 cit.:

> **Sed si res non exstet, aestimationem omnimodo maritus praestabit,**

trägt der Mann die Gefahr, und die Aestimatio hat hier im Wesentlichen dieselbe Wirkung, wie die unter III dargestellte, nur mit der Eigenthümlichkeit, daß die Bedingung der dann vorliegenden **conditionalis venditio** in ihrer Erfüllung nicht von dem Untergang der Sache, sondern von der Wahl der Frau abhängt. Darf dagegen der Mann bestimmen, was er restituiren will, dann gehört das Verhältniß zu keinem der bisher dargestellten Fälle, es ist dann eine Aestimatio vorhanden, deren Wirkung streitig war und noch ist, und die unter Nummer V erörtert werden soll.

2) Dieselbe Wirkung, welche die Aestimatio bei der Dos hat, wird ausdrücklich angenommen, wenn der Pachter eines Grundstücks das **instrumentum fundi** abgeschätzt übernimmt:

> **l. 3. Dig. locati (XIX. 2.): Cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, quum quid aestimatum in dotem daretur.**

Daß auch hier der Kauf ein unbedingter ist, und alle Consequenzen dieser Annahme eintreten sollen, bezeugt die Verweisung auf das Verhältniß bei der Dos. Von dieser Stelle ist schon oben die Rede gewesen, etwas Weiteres ist über dieselbe nicht hinzuzufügen [1]).

3) Daß eine Aestimatio mit der nämlichen Wirkung auch

---

1) Auch hier sind Modificationen durch die weitere Verabredung, daß der Pachter eben so viele und eben so gute Stücke, als er erhalten hat, restituiren soll, möglich.

bei einem Commodat und Depositum vorkommen konnte, ist für ersteres gewiß, für letzteres höchst wahrscheinlich. Zwei Fragmente kommen hier in Betracht:

l. 7 § 5 Dig. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.): Si maritus aestimationem rerum, quas in dotem accepit, dicat se donationis causa auxisse, remedium monstravit Imperator noster cum divo patre suo rescripto, cujus verba haec sunt: Quum donationis causa pretium auctum affirmes, qui super ea re cogniturus erit, si pecuniae modum recusabis, ipsa praedia restitui debere, sumtuum deductis rationibus, arbitrabitur. In arbitrio igitur mariti erit, quid praestitum malit. — Nec aliud in commodato aestimato dato observari solet, ut Pomponius libro quarto variarum Lectionum scribit.

l. 52 Dig. eod.: Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est; cum autem depositum inter eas personas minoris donationis causa aestimatur, depositum est.

In beiden angeführten Stellen ist von dem Fall die Rede, daß, um das Schenkungsverbot zu umgehen, ein Ehegatte von dem andern eine beliebige Sache als Commodat oder Depositum für eine den Werth derselben übersteigende Schätzungssumme angenommen hatte. Die l. 7 sagt: wenn der Mann die Aestimatio der Dotalsachen donationis causa erhöht habe, so solle es bei ihm stehen, ob er die Sachen selbst oder das Pretium restituiren wolle, die Aestimatio ist also ihrer eigentlichen Wirkung nach ungültig [1]). Ganz dasselbe, fährt der Jurist fort, gilt aber auch bei dem aestimatum commoda-

1) l. 12 pr. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.).

tum. Hiermit ist der schon oben erwähnte Schluß gerechtfertigt, daß bei letzterem, wie die Ausnahme, so auch die Regel Platz greifen muß, mit andern Worten, daß ein nicht in der Absicht zu schenken eingegangnes Commodat unter Beifügung einer Aestimatio abgeschlossen werden kann, die das Geschäft sofort zu einem Kauf macht.

In gleicher Weise wird in der l. 52 cit. ein Depositum donationis causa aestimatum erwähnt. Der Hauptgrund, weßhalb auch hier die Aestimatio als eine solche aufgefaßt werden kann, die eine sofortige Veräußerung zur Folge hat, liegt darin, daß das Depositum in der Absicht zu schenken eingegangen wird. Sollte nur die Gefahr übertragen und ein bedingter Kauf abgeschlossen werden, so würde die Ausführbarkeit der Schenkung von der Zufälligkeit, daß die Sache unterging, abhängig gewesen sein. Im Uebrigen muß man consequent die oben beim Commodat anerkannte Wirkungslosigkeit der Aestimatio auch hier annehmen, ohne sich dabei durch den Umstand beirren zu lassen, daß in der l. 52. das Depositum für gültig erklärt wird. Dies geschieht im Gegensatz zu der Miethe, die ohne eine certa merces nicht möglich ist, Commodat und Depositum haben dieses Requisit nicht, die ihnen beigefügte Aestimatio wird wirkungslos, allein sie selbst bleiben bestehen, weil, wie es auch in l. 52 cit. heißt, sie auch ohne Aestimatio eine Existenz haben.

4) Daß bei einem Pignus die Abschätzung mit der Folge eines unmittelbaren Verkaufs vorkam, ist nach innern Gründen durchaus möglich, andrerseits aber unwahrscheinlich. Ersichtlich würde, wenn es geschehen wäre, ganz das nämliche Verhältniß eingetreten sein wie bei der Fiducia, das Resultat der Aestimatio hätte mithin nicht als etwas Neues und Unerhörtes ihrer Anwendung in den Weg treten können. Allein die Römer hatten die Fiducia aufgegeben und die freiere Form

des Pignus gewählt, um manchen Inconvenienzen zu entgehen, welche die erstere mit sich brachte, und es wird deßhalb schwerlich bei dem Pignus ein Uebereinkommen stattgefunden haben, das die beschwerlicheren Wirkungen des älteren Rechtsinstituts wieder im Gefolge hatte.

Zum Schluß ist noch Folgendes zu bemerken: Die Aestimatio, wie sie soeben beschrieben worden ist, gilt als die regelmäßige, so daß man überall sie anzunehmen hat, wenn in den Quellen von res aestimatae ohne weitere Bestimmung die Rede ist. Bezeugt wird dieser Sprachgebrauch durch den Zusatz: quamvis aestimatae, der häufig gemacht wird, wenn sich eine andere Wirkung, als die soeben dargestellte, der Aestimatio beigelegt findet. Charakteristisch sowohl in dieser Beziehung, als auch für die Absicht, welche die Partheien bei der gewöhnlichen Abschätzung haben, ist der oben angegebene Schluß der l. 52 § 3 Dig. pro socio (XVII. 2.), wo es heißt, die pro socio actio sei zulässig, wenn ungeachtet der Aestimatio die Contrahenten eine Societät hätten eingehen wollen [1].

V. Wir haben bisher gesehen, daß bei der einen Aestimatio der Empfänger regelmäßig die Sache selbst und nur im Fall ihres Untergangs den ausgemachten Preis zu restituiren hat, dagegen bei der zweiten, wenn nicht der andern Parthei ein besonderes Wahlrecht zusteht, nur die Abschätzungssumme wieder erstatten darf und muß. Noch ist ein dritter Fall möglich, nämlich der, daß es dem Empfänger überlassen bleibt, was er zurückgeben will, entweder das Object selbst oder die Aestimatio. Dieser Fall ist der eigentlich streitige, ihm verdankt die praescriptis verbis actio aestimatoria ihre Entstehung.

---

1) Vergl. auch: l. 12 pr. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.).

Wenden wir zunächst zu seiner Beurtheilung die Resultate der bisherigen Untersuchung an, so muß das Verhältniß hier wieder als ein bedingter Kauf erscheinen, die Aestimatio steht in ihren Wirkungen der unter **III** charakterisirten näher, als der Abschätzung, die **venditionis causa** bei Dotalsachen vorkommt, nur unterscheidet sie sich auch von der ersteren dadurch, daß die Existenz der Bedingung und somit das Eintreten eines Kaufs nicht von dem Untergang des Objects, sondern von der Wahl des Empfängers der Sache abhängt.

Die eigentliche Schwierigkeit bei dieser Aestimatio ruht aber nicht sowohl in der Darstellung ihrer materiellen Folgen, als vielmehr in der Auffassung ihrer formellen Wirkung, mit andern Worten in der Aufgabe, die Klage zu bestimmen, die hier zugelassen werden mußte.

Wie schon oben bemerkt wurde, gehört an diese Stelle der Fall, wenn die **venditionis causa** geschehene Aestimatio bei der Dos in ihrem regelmäßigen Erfolg dadurch modificirt war, daß dem Ehemann nach besonderem Uebereinkommen oder gesetzlicher Bestimmung die Wahl des Präſtationsobjects überlassen blieb. Hier trat jene Schwierigkeit noch nicht hervor, weil eine besondere Dotalklage existirte, und diese in ihrer Anwendbarkeit nicht durch Modificationen ausgeschlossen werden konnte, die ihre Voraussetzungen in keiner Weise berührten.

Dagegen entsteht bei jedem Vertrag, dem eine Aestimatio, wie die hier angenommene, beigefügt ist, die Frage, ob die Contractsklage, und wenn diese nicht als anwendbar betrachtet werden darf, welches andere Rechtsmittel zulässig ist? Die Aestimatio ist die Bestimmung eines Preises an der Stelle einer Sache. Abgesehen von den oben unter **I** und **II** angegebenen Fällen geschieht sie stets auf den Fall und zum Zweck einer Veräußerung, mag diese erst eintreten sollen, wenn das eigentliche Restitutionsobject untergeht, oder ihre sofortige Exi-

stenz beabsichtigt werden, wo die Schätzungssumme allein Gegenstand der Rückleistung ist. Dort besteht bis zum Untergang der Sache der ursprüngliche Contract fort, nachher tritt ein Kauf ein, hier wird das Verhältniß sogleich zum Kauf, in beiden Fällen ist ein Zweifel über die anzustellende Klage nicht möglich.

Einer ganz andern Anschauung bedarf es aber begreiflicher Weise, wenn mit der Aestimatio die Wirkung verbunden wird, daß der Empfänger nach seiner Wahl entweder die Sache oder das Pretium restituiren darf. Hier stehen der Vertrag und die Aestimatio in der Weise neben einander, daß letztere weder erst dann wirksam wird, wenn ersterer nicht mehr seiner Natur gemäß erfüllt werden kann (nämlich wenn die Sache untergegangen ist), noch auch sofort ihm alle Bedeutung nimmt, indem sie an die Stelle des Objects seiner Erfüllung ohne Weiteres die Abschätzungssumme treten läßt. Beide Momente befinden sich ihrem Inhalt nach in einem Widerspruch, die Entscheidung und somit die Bestimmung der Klage muß davon abhängen, welches von ihnen das stärkere, das heißt, welches durch die Partheien als das bedeutungsvollere anerkannt worden ist.

Hatten nun die Contrahenten vorherrschend die Absicht, den Vertrag einzugehen, und setzten sie daneben nur die Aestimatio gewissermaaßen beiläufig fest, so daß in Folge derselben die Veräußerung des Objects dem Willen des Empfängers zwar überlassen, nicht aber zunächst beabsichtigt war, dann überwog das formelle Moment des abgeschlossenen Contracts: es war die Contractsklage möglich. Eine directe Bestimmung darüber findet sich zwar nicht in den Quellen, allein indirect kann man denselben diese Entscheidung allerdings entnehmen. Bei dem **depositum irregulare**, für welches es charakteristisch ist, daß nicht **idem**, sondern **tantundem ejusdem generis**

restituirt werden soll, geht das Verhältniß faktisch in ein Mutuum über, und dennoch ist die depositi actio möglich[1]), wenn die Partheien zunächst ein Depositum im Auge hatten, und es nur dem Empfänger überlassen blieb, ob er von dem deponirten Geld wie von einem Mutuum Gebrauch machen wollte. Dasselbe würde der Fall gewesen sein, wenn sich bei den Römern eine Aestimatio des deponirten Geldes hätte denken lassen oder vorgekommen wäre[2]), es muß ferner die depositi actio auch dann zugelassen worden sein, wenn andere Fungibilien ästimirt deponirt wurden, und es dem Empfänger frei stand, sie zu verbrauchen und die Schätzungssumme zu restituiren. Daß hier nach dem Verbrauch im Resultat nicht mehr ein Mutuum, sondern ein Verkauf vorliegt, ist gleichgültig, denn die depositi actio wird bei einem faktischen Mutuum nicht wegen einer besonderen Eigenschaft des Darlehns, sondern deßhalb gegeben, weil formell ein Depositum eingegangen, und diesem nur eine Modification beigefügt worden war.

So läßt sich die Anwendbarkeit der actio depositi unter den angegebenen Voraussetzungen mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit darthun. Wie es bei andern Contracten gewesen ist, darüber enthalten unsere Quellen nicht einmal solche entfernte Andeutungen, wie sich in den Bestimmungen über das depositum irregulare finden, in der That aber existirt kein Grund, das nämliche Resultat nicht auch bei ihnen, sofern sie eine Aestimatio zuließen[3]), anzunehmen.

---

1) l. 24. 25. 26. Dig. depositi (XVI. 3.).

2) Bei uns wäre der Fall möglich. Wenn der A. bei dem B. funfzig Stück Louisd'or deponirt und ihm dabei überläßt, von ihnen Gebrauch zu machen, für diesen Fall aber den Louisd'or mit fünf Thaler zwanzig Groschen anrechnet, so kann sich Letzterer später durch Rückgabe von funfzig Louisd'or nur dann liberiren, wenn der Tagescours für dieselben die Höhe jener Abschätzung erreicht.

3) Unmöglich ist z. B. eine derartige Aestimatio bei dem Kauf.

Unmöglich war dagegen diese Auffassung, wenn die Hauptabsicht der Partheien auf die Wirksamkeit der Aestimatio, also auf die eventuelle Veräußerung der hingegebenen Sache gerichtet war, mit andern Worten: wenn der Empfänger dieselbe entweder selbst behalten sollte, oder, und dies ist der Hauptfall, wenn sie ihm zum Weiterverkauf gegeben wurde: cum res aestimata vendenda datur. Hier machte die Aestimatio allein den Inhalt des abgeschlossenen Geschäfts aus, von ihr mußte der rechtliche Schutz für dasselbe hergenommen werden, und es entstand die Frage: welche Klage hierbei angemessen erschien [1]. Zunächst konnte man an die actio venditi denken, denn Ulpian sagt in l. 10. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.): aestimatio enim venditio est, allein wenn auch eine Veräußerung des hingegebenen Objects beabsichtigt wurde, so war doch ein Verkauf nicht vorhanden, vielmehr das Rechtsgeschäft nur so beschaffen, daß es eventuell den Charakter eines Verkaufs annehmen konnte. Weiter suchte man eine Aushülfe dadurch, daß man aus dem Moment der Thätigkeit, die dem Empfänger hinsichtlich des Weiterverkaufs der Sache zugemuthet erschien, eine Klage zu entnehmen sich bestrebte, allein auch die mandati und locati conducti actio waren wegen

---

Dieser enthält seinem Wesen nach schon die Aestimatio, sie kann also nicht noch besonders ihm beigefügt werden.

1) Ein interessantes Beispiel von dem Einfluß, welchen die Absicht der Partheien auf die Entstehung der Klage hatte, finden wir in l. 44. Dig. Pro socio (XVII. 2.):

> Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excederet, tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.

Hier wird, wenn durch die beabsichtigte Veräußerung der Sache noch ein anderweitiger Contract eingegangen werden sollte, die aus diesem entspringende Klage zugelassen. Genauer wird von dieser Stelle noch weiter unten die Rede sein.

gewisser charakteristischen Eigenschaften nicht zulässig. Unter diesen Verhältnissen blieb der Römischen Jurisprudenz nur ein Auskunftsmittel übrig, und zwar wurde sie auf dieses nicht bloß durch die äußere Nothwendigkeit, sondern durch die ganze innere Rechtsorganisation hingewiesen. Von den klagbaren conventiones juris gentium hatten manche als Nominatcontracte eine Aufnahme im Rechtssystem gefunden, wenn aber die faktischen Verhältnisse nicht der Art waren, daß ein Nominatcontract angenommen werden konnte, wohl aber die Existenz einer causa civilis dem Uebereinkommen den Charakter eines contractus im engern Sinn (συνάλλαγμα) verlieh, so mußte eine Civilobligation entstehen, und diese mit einer Civilklage realisirt werden können [1]. Bei der Uebergabe einer res aestimata zum weiteren eventuellen Verkauf lag eben in dem Hingeben eine causa civilis, sobald also das Rechtsverhältniß klagbar gemacht, das heißt, die Gegenleistung sollte gefordert werden können, verfuhr man in folgender Weise: Natürlich war der Anspruch in jus zu concipiren [2], als Demonstratio wurde das Sachverhältniß kurz aus einander gesetzt, die Intentio ging wegen der alternativen Verpflichtung auf ein incertum [3], so daß die Formel ungefähr folgendermaaßen gelautet haben mag:

> Judex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio mensam argenteam dedit, convenitque inter eos, ut aut mensa aut centum restituerentur, quidquid ab eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona et reliqua.

---

1) l. 7. Dig. de Pactis (II. 14.).

2) Daß in unserm Fall ein negotium civile abgeschlossen war, wird ausdrücklich gesagt in l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.).

3) l. 75 § 1. Dig. de V. O. (XLV. 1.). Ueber die scheinbar entgegenstehende Stelle bei Gajus IV. § 53. vgl. Puchta: Institutionen Bd. II. S. 109.

Die auf diese Weise angestellte praescriptis verbis actio in factum civilis wurde nach ihrer nothwendigen Voraussetzung und besonders weil sie ausdrücklich die Eigenschaft einer bonae fidei actio erhielt, vor den übrigen praescriptis verbis actiones durch einen weiteren Zusatz hervorgehoben, — sie ist die actio aestimatoria[1]).

III. Die actio aestimatoria. Der contractus aestimatorius.

Bei der Beurtheilung des Rechtsverhältnisses, welches Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung ist, war die Entstehung der Klage sorgfältig darzustellen deßhalb vor Allem nöthig, weil durch den Nachweis, wie und unter welchen faktischen Voraussetzungen diese eingeführt worden ist, am Besten die Momente hervorgehoben werden, die für das klagbar gemachte Uebereinkommen der Partheien charakteristisch sind. Um dessen völlige Selbstständigkeit andern Contracten gegenüber darzuthun, wird es ferner nothwendig sein, die oben vorläufig behauptete Unzulässigkeit der venditi, locati, conducti und mandati actio weiter auszuführen, und deren Gränzen gegenüber unserm Vertrag genauer zu bestimmen. Allein auf diesen Theil unserer Aufgabe dürfen wir jetzt noch nicht übergehen. Soll nämlich das Verhältniß der einzelnen Rechtsinstitute zu einander erörtert, und für jedes derselben die ihm eigenthümliche Gränze angegeben werden, so sind vorher noth-

1) v. Vangerow Bd. III. S. 246. nimmt an, daß die aestimatoria die erste praescriptis verbis actio gewesen sei. Eine Gewißheit hierüber ist wohl schwerlich zu erlangen, in keinem Fall aber wird durch diesen Zweifel das Resultat der oben gegebenen Darstellung berührt.

wendiger Weise die Eigenschaften und Voraussetzungen der ästimatorischen Klage selbst, zweitens die Stellung der beiden Contrahenten zu einander genauer zu charakterisiren, als es bisher geschehen konnte. Außerdem würde eine Darstellung des heutigen gemeinen Rechts keinen Anspruch auf Vollständigkeit haben, wenn nicht auch solche Geschäfte eine Erwähnung fänden, die, wie der Kauf unter dem pactum de retroemendo und insbesondre der Commissionshandel, zwar dem Römischen Verkehrsleben fremd, bei uns dagegen von unbestreitbarer praktischer Wichtigkeit sind. Sobald aber diese mit in den Kreis der Untersuchung gezogen werden müssen, kommen wir mit den bisher gewonnenen Resultaten deßhalb nicht aus, weil zu den genannten Geschäften nicht die ästimatorische Klage, sondern das Uebereinkommen, dem diese entspringt, den richtigen Gegensatz bildet. Nicht bloß auf jene ist mithin genauer einzugehen, es muß vor Allem bestimmt werden, in wie weit die Römer einen contractus aestimatorius anerkannten, und ob bei uns ein Trödelvertrag als ein selbstständiges Rechtsinstitut besteht.

Es bedarf keines Beweises, daß das Uebereinkommen, welches durch Uebergabe einer res aestimata vendenda mit alternativer Verpflichtung auf Restitution der Sache oder des Pretii eingegangen wird, durch die Anwendung der praescriptis verbis actio zunächst von den Römern in die Reihe der Innominatcontracte aufgenommen wurde. Die actio praescriptis verbis setzt nicht unbedingt die Existenz eines Innominatcontracts voraus, aber jenes Rechtsverhältniß mußte als solcher anerkannt werden, um den Schutz dieser Klage zu erlangen. Ein bloßes Pactum war nicht klagbar, die civilis actio gründete sich auf einen contractus, dieser Contract gehörte nicht zu den benannten, er war also ein innominatus.

Bei der Auffassung dieses einfachen Verhältnisses haben

sich verschiedene Ansichten geltend gemacht, von denen manche bis in's Extrem gehen und hierdurch zum Irrthum führen.

Ant. Faber [1]) und vor ihm schon Hotomann läugnen, daß die ästimatorische Klage diesen Namen bei den Römern geführt habe, vielmehr soll das Wort aestimatoria in l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.) der Zusatz eines unwissenden Interpreten sein. Mit dieser Behauptung wird nun zwar durchaus nicht die Natur des ganzen Rechtsverhältnisses als Innominatcontracts in Abrede gestellt, allein dennoch ist sie eben hier aus dem andern Grund zu erwähnen, weil mit dem Wegfall der speziellen Charakterisirung einer praescriptis verbis actio als aestimatoria auch jeder Gedanke an eine bevorzugte Stellung dieser Klage neben den übrigen p. v. actiones zurückgewiesen wird.

In der That läßt es sich aber darthun, daß der aestimatoria eine Eigenschaft in bevorzugtem Maaße verliehen worden, und eben deßhalb ein besonderer Name für sie ebenso gerechtfertigt als leicht zu erklären ist. Es war eine nach den Verhältnissen nothwendige Bestimmung der Römischen Jurisprudenz, die ästimatorische Klage ausdrücklich unter die Zahl der bonae fidei actiones aufzunehmen. Nachdem man für ein gewisses faktisches Verhältniß lange zwischen der Anwendung verschiedener bonae fidei actiones geschwankt hatte, konnte man nicht bei der Einführung einer neuen Klage dieser den Charakter nehmen, den man dem Geschäft selbst beizulegen längst gewohnt gewesen war. Eben deßhalb wurde hier, wie bei der Permutatio, die Formel mit dem Zusatz: ex fide bona construirt, es bedurfte um diesen Vorzug vor den übrigen p. v. actiones anzudeuten, für die Klage einer Auszeichnung im Namen, und es lag Nichts näher, als sie in einem Zu-

1) Rationalia in Pandectar. lib. XIX. tit. 3. ad leg. 1.

satz nach dem maaßgebenden Moment der Aestimatio zu bezeichnen. Dies geschieht in § 28. Inst. de Actbs. (IV. 6.) mit den Worten: quae de aestimato proponitur, ebenso in l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.): actio de aestimato, und ganz kurz durch das Adjectiv: aestimatoria. Schon Accursius bemerkt in der Glosse, daß man aestimatoria actio zu erklären habe als eine pr. verb. actio quae hoc casu aestimatoria appellatur, in der That aber braucht man sich kaum für dieses natürliche Verhältniß auf eine Autorität zu berufen [1]).

---

1) Die Streitfrage, ob die übrigen praescriptis verbis actiones ebenfalls den Charakter von bonae fidei actiones erhalten haben, gehört in seinem ganzen Umfang nicht hierher, und mag deßhalb nur eine beiläufige Erwähnung finden. v. Savigny Bd. V. S. 485 not. f. und mit ihm v. Vangerow Bd. III. S. 251. nehmen an, daß in §. 28 J. de actionib. (IV. 6.) die praescriptis verbis actio quae de aestimato proponitur et ea quae ex permutatione competit nur als Beispiele angeführt seien, jede andere p. v. actio aber ebenfalls den Charakter einer bonae fidei actio an sich trage. Der erste Grund, der hierfür angegeben wird, ist die allgemeine Aeußerung Ulpians in l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.) ..... quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur .... dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Allein dieser Ausspruch des Juristen ist nicht so allgemein, daß er die aus ihr gezogene Schlußfolgerung rechtfertigen könnte. Mit demselben Recht, mit welchem man den Zusatz: et quidem bona fide auf alle pr. verb. actiones bezieht, würde man nach den Worten der Stelle auch überall eine p. v. actio aestimatoria für zulässig halten müssen.

Sehr gewichtig ist dagegen der zweite Grund, der aus einer Zusammenstellung der l. 17 § 2. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.) und der l. 108 § 12. Dig. de legat. I. (30) entnommen ist. Die ausschließliche Haftung für Dolus, im Fall der Prästant keinen Vortheil aus dem Geschäft hat, wird in letzterer Stelle als charakteristisch für die bonae fidei contractus bezeichnet, und in l. 17 cit. bei einer p. v. actio angenommen. Allein so sehr auch dieser Umstand für die von v. Savigny vorgetragene Ansicht spricht, so stehen doch die Worte des § 28 cit. entschieden entgegen, denn schwerlich wird man hier,

Den Gegensatz zu der soeben angegebenen Meinung bildet die Ansicht, daß der ästimatorische Contract ebenso wie der Tausch vor den übrigen Innominatcontracten nicht allein durch einen besonderen Namen, sondern auch durch eine speziell ausgezeichnete Natur hervorgehoben werde. Diese Anschauung ist einer großen Anzahl von Juristen gemeinsam und an sich richtig, aber die Consequenzen, die aus derselben gezogen werden, sind wieder sehr verschieden und zum Theil irrig. Manche bleiben bei der Annahme eines Innominatcontracts stehen, bezeichnen aber entweder das Uebereinkommen beim Trödelvertrag als ein peculiare negotium, das auch eine peculiaris actio produzire [1]), oder halten das Rechtsverhältniß für ein so anomales, daß es sich einem Nominatcontract fast bis zur Unkenntlichkeit eines Unterschiedes nähere [2]). Andere thun den

ohne der Ausdrucksweise Gewalt anzuthun, eine beispielsweise Erwähnung der beiden Fälle annehmen dürfen. Sollten alle praescript. verb. actiones bezeichnet werden, so bedurfte es keiner Beispiele, wollte man dergleichen dennoch anführen, so konnte es nicht in der angegebenen Weise geschehen. Wie anders hätte sich Justinian ohne Umschreibung ausdrücken können, wenn es in seiner Absicht wirklich gelegen hätte, die Regel auf die zwei genannten Klagen zu beschränken?

Zur Vereinigung der widerstreitenden Gründe scheint eine vermittelnde Meinung am Besten geeignet: Der ganze Ursprung der pr. verb. actiones beruht auf der bona fides — vgl. l. 2 § 2. Dig. de precario (XLIII. 26.), sie wurden daher insgesammt indirect als bonae fidei actiones angesehen, allein nur in den beiden erwähnten Fällen der Zusatz: ex fide bona in die Formel gebracht. Zimmern: Geschichte des Privatrechts. Bd. III. § 55. 63. A. M., aber ebenfalls gegen v. Savigny, ist Puchta: Institutionen. Bd. II. S. 121. III. S. 94.

1) So sagt: Brückner, Dissertatio de contractu aestimatoria. Jenae 1710. § VIII, es sei ein Innominatcontract anzunehmen, aber da derselbe nicht in das übliche Schema (do ut des etc.) passe, ein peculiare negotium peculiarem actionem producens constituirt. Vergl. auch Huber: Praelectiones ad Pand. XIX. 3. No. 2.

2) Frantzke: Commentar. ad Pand. XIX. 3. Nach ihm sind

Schritt, von welchem Jene eigentlich weniger durch ihre innere Ueberzeugung, als durch das Ansehen des hergebrachten Dogma zurückgehalten werden, sie finden weder am Tausch noch an dem ästimatorischen Contract eine von der Natur der contractus nominati abweichende charakteristische Eigenschaft, und nehmen deßhalb beide in die Reihe der letzteren auf [1]. Unter ihnen gehen Einige zu dem äußersten Extrem, einen benannten contractus aestimatorius bei den Römern vorauszusetzen [2], eine Annahme, zu der von andrer Seite her die Behauptung von Glück [3], daß es unter den Römischen Rechtsgelehrten zweifelhaft gewesen sei, zu welcher Gattung von Contracten der Trödelvertrag gehöre, in einem seltsamen Widerspruch steht.

Was nun zunächst diese letztere Behauptung betrifft, so ist sie wohl in der That nicht so ernstlich gemeint, als sie

---

der aestimatorius und die permutatio contractus irregulares et anomali, qui ita proxime ad nominatos accedunt, ut inter veteres dubitatum fuerit, annon et illi nominati essent. Brunnemann: Commentar. ad Pand. XIX. 3. I. H. Boehmer § 3 sagt sogar von dem contractus aestimatorius: est quaedam emtionis venditionis species, scheint ihn aber nach § 39 doch für einen innominatus zu halten.

1) So J. G. Langsdorf: Tractatus de pactis et contractibus Romanorum. Manhemii 1772. § 34. Vgl. Hugo: Civilistisches Magazin Bd. I. S. 441. Dritte abgekürzte Ausgabe S. 175. Hierher gehören auch wohl: Floercke: Dissertatio de contractu aestimatorio tanquam contractu nominato. Halae 1756, und Müller: Vindiciae contractus aestimatorii secundum eos, qui in nominatorum numerum adserunt, tentatae. Lipsiae 1778. Beide Dissertationen sind mir nicht zu Gesicht gekommen, doch scheint nach dem, was ich aus ihnen bei Andern citirt gefunden habe, dies nicht sehr bedauerlich.

2) Riccius: De mercibus in commissionem vend. datis § 46. (Exercitat. jur. cambial. XI. sect. 2.). Er beruft sich übrigens auch wieder auf Flörcke, der die gegen diese Ansicht erhobenen Zweifel beseitige.

3) Commentar. Bd. XVIII. S. 61.

ausgesprochen wird. Ueber die Subsumirung des zur Beurtheilung vorliegenden concreten Falls unter einen Nominatcontract, und über die zuläßige Klage konnte ein Zweifel sein, nicht aber sind die Römischen Juristen nach Einführung der praescriptis verbis actio aestimatoria über das Wesen des Contracts unentschieden gewesen. Daß dieser kein benannter war, zeigt die Qualität der Klage zur Genüge, selbst wenn aber die Römer einen benannten Contract anerkannt hätten, so würden sie demselben nicht den barbarischen Namen contractus aestimatorius gegeben, sondern ihn vielleicht das Aestimatum genannt haben, wie sie von einer actio de aestimato sprechen [1]).

Die Annahme eines Innominatcontracts war nach der Natur des Römischen Conventionensystems eine Nothwendigkeit, eine Aenderung an diesem Verhältniß konnte auch nicht durch die besondere Berücksichtigung eintreten, die man dem Trödelvertrag und dem Tausch vor den übrigen contractus innominati zu Theil werden ließ. Ueber die eine dieser Auszeichnungen, nämlich die Aufnahme der ästimatorischen Klage in die Reihe der bonae fidei actiones, ist schon oben die Rede gewesen, die andere, daß ein eigner Pandektentitel für sie bestimmt worden ist, hat in früherer Zeit vielfach die Juristen beschäftigt [2]), in der That findet sie aber ihre volle Rechtfertigung in der besonderen Schwierigkeit, die das Rechtsverhältniß durch seine Verwandtschaft nicht bloß mit einem, sondern mit einer ganzen Reihe benannter Contracte machte.

Die wichtigste Frage an dieser Stelle ist ersichtlich die: ob wir heutzutage den Trödelvertrag als einen benannten oder

1) § 28 J. de actionib. (IV. 6.) l. 1 Dig. h. t. (XIX. 3.).

2) Cujas: Recitationes solennes ad l. 17 § 1. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.).

unbenannten Contract anzusehen haben? Offenbar jedoch ist ihre Bedeutung eine bedingte, sie hängt von der Annahme eines Unterschiedes zwischen beiden Vertragsformen im Allgemeinen, mithin insbesondere von der Geltung ab, die dem jus poenitendi in unserm heutigen Recht zugestanden wird.

Es liegt nun zwar außer dem Bereich unserer Aufgabe, die Controverse, welche über das Wesen der Innominatcontracte, besonders aber über das Reurecht und dessen jetzige Anwendbarkeit im gemeinen Recht entstanden ist, in ihrem vollen Umfange darzustellen; allein andrerseits dürfen wir dieselbe deßhalb nicht ganz übergehen, weil die für das gesammte Genus der Contracte geltenden Grundsätze nothwendig auch auf die einzelne Spezies Anwendung finden müssen, die hier vor uns liegt.

Die Innominatcontracte sind zweiseitige Uebereinkommen, die sich von den nudae pactiones, welche keine Klage erzeugen, durch die Existenz einer causa civilis von den benannten Contracten dadurch unterscheiden, daß sie nicht in deren bestimmte Formen sich fügen [1]). Dieser negative Charakter,

---

1) l. 7 § 2 Dig. de Pactis (II. 14.): Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit: esse obligationem — hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem. Im Allgemeinen ist hierüber auch zu vergleichen Liebe: Ueber Wesen und Eintheilung der materiellen Contracte des Röm. Rechts. Zeitschrift Bd. XV. Wenn man den Unterschied zwischen den innominati und nominati contractus darein setzen will, daß bei ersteren weder das Uebereinkommen selbst, noch die aus demselben hervorgehende Klage einen eigenen Namen hatte, so muß man, da beim Tausche und der actio aestimatoria Ausnahmen vorkommen, wieder die regulares von den irregulares trennen. In der That legen die Römischen Juristen auf den Umstand, ob der einzelne Contract einen besonderen Namen habe, großes Gewicht: l. 1 § ult. l. 7 § 1. Dig. de pact. (II. 14.), l. 1—4 Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.), allein es geschieht dies deßhalb, weil das proprium nomen für sie der Beweis

der die contractus innominati von den nominatis trennt, ist leicht zu erfassen und nicht geeignet, zu falschen Consequenzen zu führen; dasjenige Moment, dem vielfach eine irrige Bedeutung gegeben worden ist, und von dessen richtiger Auffassung doch Alles abhängt, ist die causa, die das abgeschlossene Geschäft zu einem civile negotium mit einer daraus entspringenden civilis actio macht. Als causae civiles, d. h. als Umstände, deren Eintritt bei Eingehung des Rechtsgeschäfts die Verpflichtung nach Civilrecht hervorrief, kommen bei den Römern bekanntlich vor: die Leistung res, das Aussprechen solenner Worte, verba, und die Niederschrift literae. Als vierte causa civilis pflegt man hinzuzufügen den Consens; mit diesem verhält es sich aber folgendermaaßen: Der Consens hat ersichtlich eine allgemeinere Natur, er wird stillschweigend auch bei den übrigen Verpflichtungsweisen vorausgesetzt, tritt aber völlig zurück hinter das bei ihnen entscheidende formelle Moment. Das jus gentium legte nur für gewisse Fälle ihm allein die Kraft bei, eine Obligation zu begründen, in der That aber hat man hierdurch nicht sowohl den Consens als causa civilis den übrigen gleichgestellt, als vielmehr eben die Form der Causa bei Seite gesetzt, und sich mit der Existenz einer causa juris gentium begnügt.

Ein Uebereinkommen, das sich nicht als benannter Contract auswies, blieb ein nudum pactum, solange nicht eine causa vorhanden war. Trat diese hinzu, so war die actio

---

von der Existenz eines Rechtsverhältnisses ist, für welches ausschließlich eine spezielle Klage mit genau bestimmtem Umfang eingeführt war. Den Ausdruck proprius contractus können sie nicht gebrauchen, denn der Begriff des Contractus gehört auch den Innominatcontracten an, und auch bei diesen ist gerade im Gegensatz zu einem benannten Vertrag wieder ein proprius contractus denkbar. l. 19. Dig. eod. (XIX. 5.).

ex stipulatu begründet, wenn sie in der Form einer Stipulation erfolgte[1]), bestand sie in der Leistung von Seiten des einen Contrahenten, so war eben die praescriptis verbis actio gegeben. Man kann nicht sagen, ohne causa civilis habe der Vertrag überhaupt gar nicht existirt, er bestand, aber als nudum pactum, die causa civilis war das die Klage erzeugende Moment.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist nun zunächst die außerordentlich streitige Frage zu beurtheilen, ob die Innominatcontracte zu den Realcontracten zu rechnen sind oder nicht? Die ältere Lehre trug das Erstere als zweifellos vor, in neuerer Zeit ist es mit scharfsinniger Begründung verworfen[2]), häufig auch nur der Form nach noch anerkannt worden[3]). Alles kommt bei Entscheidung dieser Frage darauf an, welchen Begriff man mit dem Ausdruck Realcontract verbindet. Will man durch Erwähnung der res in diesem Zusammenhang nur die Hingabe als die causa bezeichnen, die den Contract zur Perfection und Klagbarkeit bringt, so daß dann Realcontracte solche sind, die re perfect werden, so würden die Innominatcontracte der Römer als eine Unterart derselben anzusehen sein[4]). Versteht man aber unter Realcontracten diejenigen,

1) l. 45 Dig. de pact. (II. 14.), l. 8. l. 24 Dig. de pr. verb. (XIX. 5.), c. 7. Cod. de Pact. (II. 3.), c. 6. Cod. de Transact. (II. 4.).

2) von der Pfordten: Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte. S. 282.

3) Marezoll: Institutionen § 126. Puchta: Institutionen Bd. III. S. 93 folgd.

4) Nicht auch in unserm heutigen Recht. Man hat das Wesen der res bei den Realconrracten häufig falsch aufgefaßt. Bei den Römern war die Leistung als causa civilis ein formelles Requisit, bei uns ist dies nicht mehr der Fall; allein ein materielles Erforderniß ist sie geblieben, und eben deßhalb erscheint es ungerechtfertigt, auch die Realcontracte als Consensualverträge zu behandeln. Wening: Civilrecht. Bd. III. § 71. Unterholzner: Schuldverhältnisse. Bd. II.

die in dem Hingeben einer Sache unter der Verpflichtung, sie selbst oder eine qualitativ oder quantitativ gleiche zu restituiren, bestehen, so sind die Innominatcontracte ihnen nicht beizuzählen, denn jene sind einseitige Verträge mit einer Rück-, nicht aber mit einer Gegenleistung, diese sind zweiseitig, d. h. es ist bei ihnen eine Gegenprästation ausgemacht.

Aus der Auffassung der causa civilis (hier also der Leistung), als dem die Klage begründenden Umstand, ergiebt es sich, daß die Klage nur soweit entstehen kann, als die Leistung erfolgt ist, mithin nur Derjenige ein Recht aus dem Contract erworben hat, von dem dieses Requisit erfüllt, die Prästation erfolgt ist. Hiervon ist es eine weitere nothwendige Consequenz, daß der andere Contrahent bis zu dem Augenblick der Erfüllung von seiner Seite Jenem nicht wehren kann, die erworbenen Rechte wieder aufzugeben, und zum Zweck des Rücktritts das bereits Hingegebene zurückzuverlangen. Diese Befugniß, die Letzterer mit der condictio causa data causa non secuta realisirt, kann er deßhalb ausüben, weil wider sein Erwarten die Gegenleistung ausblieb, oder auch lediglich deßhalb, weil es ihm so beliebt, weil es ihn gereut, den Vertrag eingegangen zu haben [1]. Unbestreitbar war das jus poenitendi älter, als die actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung, ebenso gewiß hat dasselbe auch nach Einführung der letzteren noch fortbestanden. Die praescriptis verbis actio sollte die Lage Desjenigen, der contrahendi causa prästirt hatte, verbessern, nicht verschlechtern, andrerseits brachte

---

S. 553. S. 662. Die Innominatcontracte der Römer setzen, um perfect zu werden, jetzt nicht einmal materiell die Leistung voraus, denn sie gehen auf eine wirkliche Gegenprästation, dagegen kann die Existenz der auf die letztere gerichteten Klage von der geschehenen Leistung abhängen. Vgl. weiter unten.

1) l. 3 § 2. Dig. de condict. causa data (XII. 4.).

die Berechtigung, die Gegenleistung verlangen zu dürfen, auch nicht von selbst die Verbindlichkeit mit sich, nicht mehr auf dieselbe zu verzichten.

Ob nun das Reurecht auch bei uns Geltung finden kann, darüber ist ebenfalls eine bis in die neuste Zeit noch unerledigte Controverse entstanden [1]. In der That ergiebt sich aber auch hier die Entscheidung ohne große Schwierigkeit aus der oben dargestellten Bedeutung der causa civilis. Ohne Causa wurde bei den Römern der Contract nicht perfect, durch die causa entstand eine Klagberechtigung nur für Denjenigen, von dem jene erfüllt war. Wir bedürfen heutzutage, um ein Uebereinkommen aus dem Zustand der Klaglosigkeit zu erheben, nicht eines solchen maaßgebenden Umstandes bei dem Abschluß des Geschäfts. Das bei den Römern in beschränktem Kreise anerkannte materielle Moment des Consenses ist bei uns in seinem vollen Umfang zur Geltung gekommen, der übereinstimmende Wille der Partheien allein macht jetzt einen Vertrag klagbar. Nothwendiger Weise erscheint deßhalb auch die Leistung nunmehr in einem andern Licht, als bei den Römern: sie geschieht nicht, um ein Recht aus dem Contract zu erwerben, und diesen somit zu begründen, contrahendi causa, sondern um einer Pflicht nachzukommen, die bei dem vorgängigen Abschluß des Geschäfts durch Consens auferlegt worden ist, solvendi causa. Auf ein Recht kann man verzichten, und deßhalb war das jus poenitendi möglich, auf eine Verbindlichkeit kann man es nicht, und deßhalb ist das Reurecht bei uns undenkbar. Ganz unzweifelhaft und allgemein anerkannt ist auch die heutige Unzulässigkeit der condictio causa data, insofern durch sie die mera poenitentia durchgesetzt werden

---

1) Die Litteratur über diese nur beiläufig hierher gehörige Frage vergl. bei v. Vangerow: Pandekten Bd. III. S. 256.

soll, für fraglicher hat man es gehalten, ob die Condiction nicht mindestens dann noch Platz greifen könne, wenn die Gegenpräſtation wider Erwarten ausbleibt, und hierdurch der Wille, die Leistung zurückzuziehen, gewissermaaßen gerechtfertigt erscheint. Allein dieser Anwendung steht die Natur der Condiction, verbunden mit der für unsere Zeit nothwendigen Auffassung des ganzen Rechtsverhältnisses, im Wege. Die condictio causa data ist nur möglich bei einer Leistung, die wegen und in Erwartung einer künftigen Gegenleistung geschehen ist, bei uns erfolgt aber die Präſtation deßhalb, um den durch Consens abgeschlossenen Vertrag zu erfüllen. Die causa, wegen welcher präſtirt wird, ist keine futura, sondern eine praeterita, und wie durch die Existenz dieser causa im Allgemeinen eine Condictio ausgeschlossen wird, so ist speziell die condictio causa data deßhalb unmöglich, weil die Causa in der Vergangenheit liegt [1]).

Alle diese Grundsätze, die, wenn auch nur beiläufig, hier über die Innominatcontracte im Allgemeinen vorgetragen worden sind, finden Anwendung bei dem äſtimatorischen Vertrag. Daß bei ihm nicht der Consens, sondern die Leistung nach Römischem Recht die Klage hervorruft, wird hervorgehoben in:

> l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.): — cum res aestimata vendenda datur

und für den ihm speziell nahestehenden Tausch in:

> l. 1 § 2. Dig. de rerum permut. (XIX. 4.): — permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet; alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus; quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emtione, venditione, conductione, mandato.

---

1) v. Vangerow a. a. O. v. d. Pfordten a. a. O. S. 294.

Die Berechtigung zur Condiction und dem **jus poenitendi** wird bei dem ästimatorischen Contract, soviel ich weiß, in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, allein bei dessen unzweifelhaftem Charakter als Innominatcontract bedarf es keines besonderen Quellenzeugnisses um auch für ihn die hieraus sich nothwendig ergebenden Consequenzen anzunehmen.

Wir gelangen zu dem Resultat, daß bei uns der Trödelvertrag weder ein benannter noch ein unbenannter (denn dieser Unterschied ist, abgesehen von seiner historischen Bedeutung, für uns zu einer leeren Nomenclatur geworden), sondern ein Consensualcontract, die **praescriptis verbis actio** mit der spezifischen Bedeutung, die ihr das Römische Recht beilegte, unpraktisch geworden ist [1]. Von ganz besonderer Wichtigkeit ist uns aber dieses Ergebniß zur Entscheidung der beiden Fragen über die Art und Weise des Abschlusses, und der Aufhebung des Trödelvertrags. Während nach Römischem Recht von einem klagbaren Verhältniß nicht eher die Rede sein konnte, als die Sache hingegeben und eben hierdurch die **praescriptis verbis actio** begründet war, wird bei uns der Trödelvertrag schon durch den Consens selbst perfect, und die Uebergabe erfolgt als Erfüllung einer schon existirenden Verbindlichkeit [2]. Diese Meinung muß natürlich von Denjenigen verworfen werden, welche die Innominatcontracte der Römer zu den Realcontracten rechnen, und diese andrerseits doch wieder von den Consensualverträgen scheiden. In der That könnte man auch einen scheinbaren Grund gegen die hier vorgetragene Ansicht aus dem Umstand herleiten, daß der zur Leistung Verpflichtete vor derselben nicht zu einer Klage berechtigt ist, und

1) Insofern hat Langsdorf a. a. O. Recht, nur ist die Deduction, die ihn zu diesem Satz führt, eine falsche.

2) A. M. ist z. B. Bucher: Recht der Forderungen S. 390.

sein kann, da er offenbar die Sache oder deren Aestimatio nicht fordern darf, bevor er dieselbe hingegeben hat. Allein dessenungeachtet wird schon durch den Consens der Vertrag perfect, denn ohne Zweifel ist der Trödler sofort berechtigt, die Uebergabe der Sache zu dem ausgemachten Zweck zu fordern [1]). Daß die Tradition erfolgt sein muß, damit der Tradent klagberechtigt werde, ist kein formelles Requisit wie bei den Römischen Innominatcontracten, sondern eine materielle Voraussetzung, die aber nicht schon zur Perfection des Vertrags, wie bei unsern Realcontracten, sondern weil einerseits der contractus aestimatorius auf eine wirkliche Gegenleistung gerichtet ist, andrerseits alternativ die hingegebene Sache selbst zurückgefordert wird, erst dann nothwendig erscheint, wenn der Tradent klagen will. Nicht deßhalb ist ihm die Klage entzogen, weil der Vertrag noch nicht perfect oder nicht im Allgemeinen klagbar ist, sondern aus dem natürlichen Grund, weil er nicht Etwas zurückverlangen oder die Schätzungssumme für Das beanspruchen kann, was er selbst noch nicht geleistet hat. So ist, um ein analoges Verhältniß anzuführen, es unzweifelhaft, daß der Vermiether nicht früher die locati actio auf den Miethpreis anstellen kann, als er seinem Contrahenten das Miethobject ausgeliefert, und ihm den entsprechenden Gebrauch an demselben gewährt hat [2]), Niemand wird aber behaupten, daß der Miethvertrag erst durch die Leistung perfect werde.

Ueber die Frage: ob und wann der Tradent seine Sache zurückfordern dürfe? sind bei den verschiedenen Ansichten über die heutige Zulässigkeit des jus poenitendi die Meinungen natürlich getheilt. Manche gestatten das Rückforderungsrecht

---

1) Diejenigen, welche den Trödelvertrag als Realcontract betrachten, gelangen zu demselben Resultat bei der Annahme eines pactum de contractu aestimatorio ineundo.

2) arg. l. 24 § 2. 3., l. 55 § 2. Dig. locati (XIX. 3.).

bis zu dem Augenblick, wo die Sache an einen Dritten verkauft ist[1]), andrerseits findet sich auch schon bei Aelteren die richtige Ansicht, welche diese Befugniß in Abrede stellt[2]). Abgesehen von den Gründen, die im Allgemeinen der Anwendung des Reurechts im heutigen Recht entgegentreten, steht beim Trödelvertrag der ausschließlichen Rückforderung des Objects noch ein besonderes Hinderniß im Wege. Die Verpflichtung des Empfängers geht bei dem **contractus aestimatorius** auf Erstattung des Preises oder der Sache, sie ist also eine alternative, und wie mit der Klage das Pretium oder das Object, so muß auch das Object oder das Pretium zurückgefordert werden.

An diese Betrachtung schließt sich aber auch die weitere praktisch wichtige Frage an: zu welcher Zeit heutzutage die Klage möglich ist? — Treitschke[3]), der einerseits das Reurecht verwirft, andrerseits aber eine ausschließlich auf Restitution der Sache gerichtete Klage für möglich zu halten scheint, unterscheidet hier, ob eine Zeit verabredet sei, binnen welcher die Waare, wenn sie noch unverkauft, zurückgegeben werden solle, oder nicht. Im ersteren gewöhnlichen Fall könne der Uebergeber nach Ablauf der Frist die Waare schlechterdings zurückfordern, in Folge der verabredeten und eingetretnen negativen Resolutivbedingung. Habe er sich keine Frist ausgemacht, so solle der Richter auf Antrag eine solche bestimmen. Nach dieser Ansicht scheint Treitschke der Zulassung einer

---

1) Lauterbach: Collegium Theoretico-Practicum ad Pand. h. t. (XIX. 3.) § 19. Cocceji: Jus civile controvers. ad Dig. h. t. Qu. 12. Glück a. a. O. S. 74.

2) Voet: Commentar. ad Pand. XIX. 4. No. 3. Stryk: Usus modernus Pandect. ad XIX. 3. § II. Schilter: Praxis jur. Rom. exercit. 32. Riccius: Dissert. cit. § 54.

3) Commissionshandel § 8.

condictio causa data, wenn auch nicht ex mera poenitentia, so doch wegen des Ausbleibens der erwarteten Causa nicht abgeneigt; außerdem ist es nicht zu billigen, daß er den, wenn auch vielleicht häufigen Fall, wo die Partheien ein besonderes Abkommen getroffen haben, als Regel betrachtet, und für den andern, bei dem es hauptsächlich einer festen Rechtsbestimmung bedarf, die Entscheidung dem Arbitrium des Richters in die Hände legen will [1]). Wenn wir einmal den Trödelvertrag als einen Consensualcontract betrachten müssen, so kann von einer Rückforderung des Geleisteten, also von einem einseitigen Rücktritt begreiflicher Weise nicht mehr die Rede sein. Wider diese Behauptung ist auch nicht einzuwenden, daß doch ein ebenfalls durch Consens abgeschlossenes Mandat widerrufen und das zum Behuf der Ausführung dem Mandatar Hingegebene zurückgefordert werden könne. Ein einseitiges Abgehen von dem Mandat ist dem Auftraggeber nur

1) Das gemeinrechtlich völlig gleichgültige Moment der Terminbestimmung ist von dem Preuß. Landrecht als ein charakteristisches und zum Begriff des Trödelvertrags nothwendiges anerkannt worden. Th. I. Tit. XI. § 511 heißt es:

Wenn Jemand seine Sache einem Andern zum Verkaufe für einen bestimmten Preis übergiebt, mit der Bedingung, daß innerhalb eines festgesetzten Termins entweder die Sache zurückgegeben, oder der bestimmte Preis geliefert werden solle, so ist ein Trödelvertrag vorhanden.

Nach § 522 und 523 soll ohne Bestimmung eines gewissen Termins oder ohne Festsetzung des Preises ein Auftragsgeschäft vorhanden sein.

So richtig es ist, ohne Preisbestimmung keinen Trödelvertrag anzunehmen, so ungerechtfertigt ist es an sich schon, dessen Existenz von dem Umstand abhängig zu machen, daß die Partheien einen Zahlungstermin verabredet haben. Für den Fall aber, daß dies nicht geschehen ist, ein Auftragsgeschäft anzuerkennen, heißt die Stellung des Mandats zum contractus aestimatorius völlig willkührlich verrücken.

Die nämliche Auffassung, wie in dem Preuß. Landrecht, findet sich auch in dem Oesterreich. Gesetzbuch, welches in § 1086 folgd. den Trödelvertrag gleich unter dem Titel: Verkaufsauftrag behandelt.

re integra, d. h. unter der Voraussetzung gestattet, daß durch den Widerruf nicht das Interesse des Mandanten verletzt wird [1]). Bei dem Trödelvertrag tritt aber dieser Fall sogleich bei Abschluß des Geschäfts ein, denn schon von diesem Augenblick an ist der Trödler berechtigt, die Sache weiter zu verkaufen und den Erlös, soweit derselbe die Aestimatio übersteigt, für sich zu behalten. Für ihn ist also sofort ein Interesse begründet, welches durch einen willkührlichen Rücktritt nicht ohne Weiteres eine Einschränkung erleiden kann.

Wie aber die Berechtigung des Trödlers die Möglichkeit einer einseitigen Aufhebung des Vertrags ausschließt, ebenso führt sie auch hinsichtlich des Zeitpunkts, von welchem an der Tradent von der Klage Gebrauch machen darf, eine wesentliche Modification herbei. Unzweifelhaft ist an sich die Klage von dem Moment der Uebergabe des Objects an möglich, allein es liegt bei dem Uebereinkommen in der Absicht der Partheien, daß der Empfänger die ihm übergebene Sache verkaufen, mithin ihm dazu nach den Verhältnissen Zeit und Gelegenheit gelassen werden soll. Offenbar steht diese letztere Befugniß jenem Recht zu sofortiger Klaganstellung gegenüber, und nur unter Berücksichtigung beider ist die entscheidende Regel zu geben. Um diese zu erhalten, erscheint es am Geeignetsten, sich an ein analoges Rechtsverhältniß zu wenden. Bei der Societät, besonders der Erwerbsgesellschaft, ist nach bekannten Grundsätzen jeder Socius berechtigt, ja sogar verpflichtet, die dem Zweck der Vereinigung entsprechenden Geschäfte vorzunehmen, andrerseits steht dem Einen wie dem Andern das Recht zu, zu jeder Zeit die Trennung der Gemeinschaft zu verlangen, es kann also zwischen den verschiedenen Berechtigungen der beiden Partheien eine ganz ähnliche Collision, wie in un-

1) l. 12 § 16, l. 22 § ult. Dig. Mandati (XVII. 1.).

sern Fall, eintreten. Wie die Römer die Unebenheit, die hierdurch möglicher Weise hervortreten konnte, auszugleichen suchten, zeigt die l. 14. Dig. pro socio (XVII. 2.). Ulpian behandelt hier die Frage, ob die Socii durch besonderes Uebereinkommen auf die Befugniß, jederzeit von der Gesellschaft zurücktreten zu dürfen, verzichten könnten? und darauf antwortet Pomponius, ein solches Pactum sei ganz überflüssig, da auch ohne dasselbe ein intempestive renuntiari nicht gestattet werde. Wenden wir diese Bestimmung bei dem Trödelvertrag an, so wird dadurch auf eine befriedigende und im positiven Recht schon anerkannte Weise dem bei ihm entstandenen Bedürfniß nach einer festen Norm für die Zeit der Klaganstellung abgeholfen. Der Trödler wird den Anspruch zurückweisen können, wenn ihm überhaupt gar keine Zeit zum weiteren Verkauf gelassen worden ist, oder die Rückforderung in einem Augenblick erfolgt, wo er mit einem Dritten zum Zweck der Veräußerung schon in Unterhandlungen getreten ist. Dagegen kann er sich in keinem andern Fall der Klage entziehen, denn, von allem Andern abgesehen, läßt sich ebensowenig, wie der Herr von dem Trödler den Verkauf fordern darf, dem Ersteren das Recht absprechen, bei geeigneter Gelegenheit selbst die Sache zu veräußern [1]).

Es ist bisher die Natur des contractus aestimatorius für das heutige Recht festgestellt worden, es muß ferner aber an dieser Stelle noch von einigen materiellen Voraussetzungen

1) Von der Nothwendigkeit einer Terminbestimmung ausgehend, enthalten das Preuß. Landrecht und das Oesterreich. Gesetzbuch consequent folgende Anordnungen: Bis zum Ablauf der festgesetzten Zeit ist kein Rückforderungsrecht vorhanden. Pr. L.-R. Th. I. Tit. XI. § 514. Oest. G.-B. § 1086. Nachher ist der vorige Inhaber zur Zurücknahme der Sache befugt, nach § 1086 scheint der Empfänger sogar dann zur Entrichtung des Kaufgeldes unbedingt verpflichtet.

die Rede sein, die als charakteristische Requisite des Vertrags erscheinen.

Die Aestimatio, die auch hier die erste Stelle einnimmt, ist als Erforderniß bei der **aestimatoria actio** schon Gegenstand der Untersuchung gewesen, und nach der oben gegebenen Darstellung bedarf der Satz keiner weiteren Begründung, daß ein Trödelvertrag ohne Aestimatio nicht denkbar ist. Nur um so wichtiger erscheint dagegen die Frage, wann nach den Verhältnissen dieselbe in der Art als vorhanden angenommen werden kann, daß das abgeschlossene Uebereinkommen durch sie den Charakter eines Trödelvertrags erhält?

Hierüber kann nun zunächst in gewissen Fällen kein Zweifel sein. Wird eine Sache ohne bestimmte Werthangabe, z. B. mit der üblichen Redensart: zu dem bestmöglichsten Preise zu verkaufen, übergeben, so liegt eine Aestimatio überhaupt gar nicht vor, und von einem **contractus aestimatorius** ist nicht die Rede [1]. Dieser Fall ist so einfach, daß er gar nicht zu erwähnen sein würde, wenn nicht einerseits, zumal in früheren Zeiten, das Mißverständniß vorgekommen wäre, eine Aestimatio ohne feste Preisbestimmung anzunehmen, andrerseits nicht auch noch heutzutage Quellenstellen, die von diesem Verhältniß sprechen, als entscheidend für den Trödelvertrag angesehen würden [2].

Nicht zu verwechseln mit dem eben angegebenen Fall ist übrigens der andere, wenn die Aestimatio in das Arbitrium eines Dritten gestellt wird. Hier entsteht allerdings mit der von Letzterem vorgenommenen Schätzung ein Trödelvertrag. Ist die Aestimatio dem Trödler selbst überlassen worden, so

1) Das Wesen des ganzen Vertrags liegt hier ausschließlich in der dem Empfänger der Sache zugemutheten Thätigkeit, und eben deßhalb stellt er sich als ein Mandat dar.

2) Vgl. die weiter unten folgende Dogmengeschichte.

müssen wohl die über die Bestimmung des Kaufpreises durch den Käufer geltenden Grundsätze analoge Anwendung finden.

Ebenso ist ein Zweifel nicht möglich, wenn eine Abschätzung der übergebenen Sache unter Mitwirkung beider Partheien wirklich stattgefunden hat, und die festgesetzte Summe als alternatives Restitutionsobject bestimmt worden ist. Ueberall, wo in den Quellen davon die Rede ist, daß eine **res aestimata vendenda datur**, wird man einen **contractus aestimatorius** anzunehmen haben [1]).

In der That aber werden die eben angeführten Extreme im Verkehrsleben am seltensten vorkommen, der bei Weitem häufigere Fall dagegen wird der sein, daß von dem Eigenthümer die Sache einfach unter Bestimmung eines **certi pretii** hingegeben wird. Wollte man hier ohne Weiteres einen Trödelvertrag annehmen, so würde damit ganz allgemein die Möglichkeit ausgeschlossen sein, ein Mandat zum Verkauf einer beweglichen Sache für einen gewissen Preis zu ertheilen; andrerseits ist ebensowenig in diesem Fall ein Trödelvertrag undenkbar, denn in der Angabe eines festen Preises bei Tradition der Sache ist eine Aestimation enthalten. Es ist ersichtlich, daß hier die Preisbestimmung allein nicht im Stande ist, die Entscheidung zu geben, vielmehr muß dieselbe einmal von dem weiteren Charakter des im concreten Fall abgeschlossenen Uebereinkommens, oder endlich, wenn auch dieser, wie es bei formlosem Verkehr leicht denkbar ist, nicht besonders hervorgehoben wurde, von der Absicht der Partheien hergenommen werden. Hierbei ist nun natürlich eine feste Regel nicht möglich, allein einen Anhaltepunkt für den Richter bei Beurthei-

---

1) Es ist dies z. B. hinsichtlich der **l. 17. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.)** unter Anderen von Böhmer: **Diss. cit. § XXXVI.** geläugnet worden.

lung eines solchen Geschäfts, das seiner äußeren Erscheinung nach gleichmäßig zur Annahme des einen wie des andern Vertrags qualifizirt ist, wird stets der Umstand bilden, daß bei einem Mandat die Gegenleistung primär in der Prästation der aufgetragenen Geschäftsthätigkeit, bei dem **contractus aestimatorius** dagegen primär in der Leistung eines bestimmten Pretii oder, eben weil die Geschäftsthätigkeit nicht als Pflicht des Trödlers und eben deßhalb nur secundär in Betracht kommt, in der Rückerstattung der Sache selbst besteht.

In einem Fall ist bei sonst gleichen Verhältnissen stets ein Trödelvertrag anzunehmen, nämlich dann, wenn die Berechtigung des Empfängers, den die Aestimationssumme übersteigenden Erlös aus dem Weiterverkauf der Sache für sich behalten zu dürfen, bei Abschluß des Geschäfts speciell erwähnt worden ist. Die Natur dieser Befugniß ist in früherer Zeit zuweilen Gegenstand des Zweifels und Irrthums gewesen. Voet[1]) und Zösius[2]) halten dieselbe nur für eine durch spezielles Pactum hervorgerufene Ausnahme, und stützen sich dafür auf die **l. 44 Dig. pro socio (XVII. 2.)** und die **l. 13 Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.)**, wo sie als besonders von den Contrahenten ausgemacht, und eben hierdurch als eine Abweichung von der Regel charakterisirt werde. Allein jene Berechtigung ist aus einem doppelten Grunde ein nothwendiges Resultat der ganzen Natur des Trödelvertrags. Erstens folgt sie aus der Pflicht des Trödlers, in jedem Fall die Schätzungssumme zu zahlen. Zwar würde der Schluß, daß er das Mehr nicht herauszugeben brauche, weil er bei einem Weiterverkauf in jedem Fall für das ausgemachte Pretium verhaftet sei, im Allgemeinen nicht richtig sein, denn

1) Commentar. ad Pand. lib. XIX. 3.
2) Commentar. ad Dig. lib. XIX. 3.

auch der Mandatar ist, wenn er unter dem festgesetzten Preise veräußert hat, wegen der Differenz des eingenommenen und des bestimmten Preises verantwortlich; allein die Verbindlichkeit des Trödlers, die Aestimatio auch dann zu zahlen, wenn er von einem insolventen Käufer selbst gar Nichts erhalten hat, überträgt ihm die Gefahr der Negotiation, der Weiterverkauf ist sein eigenes Geschäft, und eben deßhalb hat er auch den gezogenen Gewinn nicht zu restituiren. Zweitens giebt dem Trödler diese Berechtigung auch der Umstand, daß nur die Schätzungssumme das Object seiner Gegenleistung ist. Wenn ein Mandatar durch spezielles Uebereinkommen das **periculum negotiationis** übernimmt, so muß er dennoch Alles, was ihm aus der Geschäftsbesorgung zufließt, restituiren. Für den Trödler ist gleich Anfangs eine feste Gegenleistung bestimmt, zahlt er das ausgemachte Pretium, so erfüllt er die Verbindlichkeit, der er sich unterzogen hat, der Mehrerlös ist sein Gewinn, weil eine Verpflichtung zur Herausgabe desselben nicht existirt [1]).

Dieser Argumentation zu widersprechen, sind auch die angezogenen Quellenstellen weit entfernt. In ihnen wird die angeführte Berechtigung des Trödlers nicht als eine Ausnahme dargestellt, und die ausdrückliche Erwähnung des darauf gerichteten Pactum berechtigt nicht zu dem Schluß, daß durch dasselbe von der Regel abgewichen werde, vielmehr geschieht jene eben nur deßhalb, um das der Beurtheilung unterworfene Rechtsgeschäft als einen **contractus aestimatorius** zu charakterisiren, da außerdem zu dem schon vorhandenen Zweifel, ob nicht eine Societät vorliege, noch der weitere über die Annahme eines Mandats treten würde.

---

1) Das Nähere hierüber und über die Verwandtschaft mit der Societät folgt weiter unten.

Neben der Aestimatio ist es endlich noch ein Erforderniß für den **contractus aestimatorius**, daß eine Sache zum Verkauf gegeben wird. Regelmäßig soll also die Veräußerung an einen Dritten erfolgen, jedoch ist dabei die Möglichkeit, daß der Trödler die Sache selbst behält, als vereinbar mit der Absicht der Partheien nicht ausgeschlossen. Zufolge dieser Voraussetzung, die ebenfalls der Natur des Verhältnisses und der Entstehung der Klage nach nur erwähnt, nicht noch bewiesen zu werden braucht, ist in allen den Fällen, wo eine Sache zu einem andern Zweck hingegeben wird, und wo bei den Römern ebenfalls eine **praescriptis verbis actio** zugelassen wurde [1]), kein Trödelvertrag vorhanden, mithin sind die von ihnen sprechenden Stellen nicht hierher zu beziehen. In die Versuchung, hinsichtlich dieses Requisits zu fehlen, wird man nun allerdings nicht leicht gerathen, solange zu gleicher Zeit auch von einer Aestimatio gar nicht die Rede ist [2]). Allein es ist denkbar, daß z. B. bei Hingabe einer Sache zum Besehen eine Aestimatio entweder um im Voraus den durch die Schuld des Empfängers angerichteten Schaden zu tariren, oder auch um ihm das **periculum casus** zu übertragen beigefügt worden ist, und in diesem Fall ist ein Mißverständniß ohne Berücksichtigung des zuletzt erwähnten Erfordernisses leicht möglich.

---

1) l. 17 § 2., l. 20 pr. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.).

2) Voet ad Pand. h. t. 3. scheint diese Fälle denen eines ästimatorischen Vertrags beizuzählen.

IV. Haftet der Trödler für den Casus? Wird er Eigenthümer?

Dogmengeschichte.

Die gegenseitigen Verbindlichkeiten, die der Trödelvertrag unter den Contrahenten hervorruft, haben zum Theil schon gelegentlich ihre Erledigung gefunden, zum Theil wird von ihnen noch weiter unten die Rede sein. Die beiden wichtigsten der hier einschlagenden Fragen sind aber bis jetzt unberücksichtigt geblieben und nunmehr einer genaueren Untersuchung zu unterwerfen.

Daß der Trödler hinsichtlich der ihm übergebenen Sache einer gewissen Haftungspflicht unterliegt, würde selbst dann zweifellos sein, wenn dieser Punkt in unsern Quellen völlig mit Stillschweigen übergangen wäre, in der That ist er mehrfach erwähnt, allein die Art und Weise, wie dies geschieht, läßt so vielen Zweifeln Spielraum, daß noch bis jetzt fortdauernd darüber gestritten wird, ob nach der Tradition der Empfänger lediglich für Culpa oder auch für den die Sache betreffenden Casus einzustehen habe. Ersichtlich sind hier eben so viele verschiedene Entscheidungen möglich, als sich Wirkungen der für das ganze Verhältniß maaßgebenden Aestimatio denken lassen, und es ist nicht zu verwundern, wenn eine Anzahl Juristen, von der extremen Anschauung ausgehend, daß durch die Abschätzung und Uebergabe ein sofort geltender Kauf vermittelt werde, einen Eigenthumsübergang an den Trödler annehmen. Wäre diese Behauptung richtig, so würde sie allerdings zu einem befriedigenden Resultate führen, nach dem Eigenthumsübergang könnte von einer Verantwortlichkeit des Trödlers dem früheren Inhaber der Sache gegenüber nicht mehr die Rede sein, bei ihrer nachweislichen Irrigkeit dagegen

haben wir von ihr nur den negativen Gewinn, daß durch sie zu der ersten Streitfrage noch eine zweite hinzugefügt worden ist.

Wir finden in unsern Quellen eine Reihe von Stellen, die von ganz verschiedenen Gesichtspunkten auszugehen scheinen, indem sie bald Demjenigen, der die Sache zum Verkauf hingiebt, bald dem Andern, der sie übernimmt, das periculum rei zuschreiben. Es ist nachzuweisen, daß die herrschende Lehre auf mehrere Pandektenfragmente mit Unrecht ein entscheidendes Gewicht gelegt hat, vorläufig sollen aber zur besseren Uebersicht alle hierher bezogenen Stellen wörtlich aufgeführt werden.

l. 1 § 1. Dig. h. t. (XIX. 3.) Ulpianus: Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit.

l. 5 § 3. Dig. Commodati (XIII. 6.) Ulpianus: Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

l. 17 § 1. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.) Ulpianus: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo quod et Pomponius scripsit: si quidem ego te venditorem rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.

Jul. Paulli: Sentent. Recept. de commodato et deposito (II. 4.) § 4: Si rem aestimatam tibi

dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit, si quidem ego te rogavi, meo periculo erit; si tu de vendenda promisisti, tuo periculo erit.

l. 11 pr. Dig. de reb. credit. (XII. 1.) Ulpianus: Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes, et nummis契 utereris; si vendideris puto mutuam pecuniam factam. Quodsi lancem vel massam sine tua culpa perdideris, priusquam venderes, utrum mihi, an tibi perierit? quaestionis est. Mihi videtur nervae distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam, quodsi non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu截 utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.

Daß diese Stellen unter einander in einem gewissen Widerstreit stehen, ist nicht zu verkennen, denn während in einigen derselben dem Trödler unbedingt die Gefahr zugesprochen wird, unterscheiden andere nach den faktischen Verhältnissen, und lassen unter gewissen Voraussetzungen nur eine Haftung für Dolus und Culpa eintreten. Man mag sich leicht denken, daß, um eine Vereinigung herbeizuführen, mannichfache Auskunftsmittel in Vorschlag gebracht worden sind, und es ist erklärlich, daß die verschiedenen Ansichten, jenachdem sie die eine oder die andere der angeführten Stellen als maaßgebend zu Grunde legten, in den nämlichen Richtungen aus einander gingen, die sich in den Quellen selbst eingeschlagen finden. Leider aber hat eben dieser Umstand zur Folge gehabt, daß

die Lösung unserer Frage durch die Litteratur nicht in dem Maaße gefördert worden ist, wie man außerdem wohl erwarten dürfte. Auch in neuerer Zeit, wo übrigens der streitige Punkt nur in größeren Werken eine beiläufige Erwähnung gefunden hat, besteht im Grunde noch dieselbe Meinungsverschiedenheit wie früher, man betrachtet das eine oder das andere Fragment als entscheidend, und begnügt sich damit, seinen Inhalt aus den übrigen zu ergänzen oder näher zu bestimmen, höchstens mit etwas veränderter Anschauung aufzufassen.

Die Glosse zunächst macht bei der l. 1. D. h. t. (XIX. 3) eine Reihe von Vorschlägen, wie der Widerspruch zwischen dieser und der in l. 17 cit. vorgetragnen Ansicht Ulpian's zu lösen sei. Entweder könne man die l. 17. als Ergänzung der l. 1. ansehen, — allerdings das wohlfeilste Auskunftsmittel, welches sich denken läßt —, oder man habe anzunehmen, daß bei der l. 1. ein **certum pretium** als Aestimationssumme vorausgesetzt werde, worauf der Zusatz: **de qua convenit** auch hindeute, bei der l. 17. dagegen dies nicht als faktische Prämisse in Betracht komme. Hiergegen ist zweierlei zu erinnern: erstens läßt sich eine **aestimatio** ohne Angabe eines festen Pretii nicht denken, letztere bildet vielmehr eben ihren Inhalt, sodann ist in dem Fall der l. 17., dem Wortlaut dieser Stelle nach, offenbar gleich anfänglich eine bestimmte Schätzungssumme festgesetzt worden. **Ut pretium afferres** könnte zwar an sich heißen: Du sollst mir den später zu ermittelnden Werth ersetzen, allein da das Restitutionsobject schon bei der Hingabe abgeschätzt worden war (**si margarita tibi aestimata dedero**), so ist das Pretium auch von Anfang an ein fest bestimmtes gewesen.

Einen dritten Ausweg, den die Glosse vorschlägt, bildet die Ansicht des Johannes, die um so mehr zu berücksich-

tigen ist, als sich die späteren Interpreten derselben vielfach angeschlossen haben, mindestens bei der Darstellung einer andern Ansicht von ihr ausgegangen sind. Johannes unterscheidet: entweder wurde ausgemacht, daß die Sache oder die Aestimatio zurückgegeben werden solle, oder man bestimmte, es sollen aut X aut res restituirt werden. In ersterem Fall ist nach den Bestimmungen der l. 17. zu entscheiden, in letzterem geht die Gefahr unbedingt auf den Empfänger über. Bei der Undeutlichkeit des Ausdrucks, die sich die Accursische Glosse hier zu Schulden kommen läßt, scheint ein Unterschied zwischen den angeführten Fällen gar nicht vorhanden zu sein, und in der That ist für die Ansicht des Johannes ein zwiefaches Verständniß möglich [1]. Nach dem Gegensatz, der zwischen der Aestimatio und der durch eine Zahl bestimmten Summe statuirt wird, könnte man annehmen, auch er habe eine Aestimatio ohne Feststellung eines **pretium certum** für möglich gehalten. In dieser Weise ist er denn auch wirklich von Johannes Faber mißverstanden worden, der seine Meinung, ohne ihr beizutreten, doch gegen den Roffredus in Schutz nimmt. Dagegen ergiebt sich aber schon aus den Anführungen der nachfolgenden Juristen, die fast alle die Ansicht des Johannes erwähnen, daß diese eine ganz andere gewesen ist.

Die Aestimatio, also die Abschätzung der Sache zu einem gewissen Geldpreis, wird als zur Zeit der Hingabe schon geschehen vorausgesetzt, und lediglich nach der Absicht unterschieden, in welcher dieselbe vorgenommen worden ist. Wurde sie hinzugefügt, um anzugeben, wieviel der Empfänger zu restituiren habe, wenn er die Sache nicht zurückbringe, dann ruft die Abschätzung den Uebergang der Gefahr hervor, geschah sie

1) Daß die kurze Ausdrucksweise des Johannes häufig zur Unverständlichkeit führte, ist bekannt. v. Savigny: Geschichte d. Röm. Rechts im Mittelalter. Bd. IV. S. 252. 253.

aber nur, um dem Trödler einen Maaßstab zu geben, für wieviel er das Object weiter verkaufen könne, dann ist nach l. 17 cit. zu behaupten, daß er nur dann die Gefahr trage, wenn er die Veranlassung zu dem Geschäft gegeben habe.

Diese Ansicht des Johannes hat sich offenbar einer großen Beistimmung erfreut. Bartolus [1]) wiederholt sie, fügt hinzu, daß der Fall des Uebergangs der Gefahr präsumirt werden müsse, und sucht die Richtigkeit jener Meinung nach Unterscheidung der verschiedenen Fälle, welche vorkommen können, zu rechtfertigen. Unbezweifelt hat er hierbei das Verdienst, durch Herbeiziehung analoger Verhältnisse, wie z. B. der aestimatio dotis, den Gesichtskreis für die Beurtheilung erweitert zu haben. Nur ist damit für die innere Begründung der Ansicht des Johannes wenig gethan, da es sich nicht sowohl darum handelt, daß in verschiedenen Fällen eine Aestimatio mit verschiedener Wirkung vorgenommen werden kann, als vielmehr die Frage zu beantworten ist, weßhalb bei der in l. 17 cit. erwähnten Aestimatio zuweilen das Periculum nicht übergehen soll.

Fast wörtlich wiederholt findet sich ferner die Meinung des Johannes bei Jason [2]).

Während in dieser Weise das Dogma eine feste Richtung zu gewinnen schien, fehlte es andrerseits auch nicht an Dissentienten. So behauptet Azo [3]), regelmäßig gehe die Gefahr nicht auf den Empfänger über, die l. 17. gebe die Regel, die l. 1 h. t. spreche nicht von einem periculum fortuitum, sondern von dem periculum quod dolo vel culpa acciderit. Diese unbefriedigende und nur scheinbar die Schwie-

---

1) Lectura sup. Dig. Vetus ad h. l. Venet. 1491. fol.

2) Lectura de Actionibus ad § Action. § 79. Lugduni 1535.

3) Lectura ad sing. leges XII. libr. Codicis ad const. 21. Cod. de jure dotium (V. 12.).

rigkeiten lösende Meinung wird getheilt von Connanus [1]), der sich in seiner Darstellung fast lediglich mit einer Paraphrase der l. 17. begnügt. Dagegen geht weit gründlicher und selbstständiger zu Werke der schon mehrfach erwähnte Johannes Faber [2]). Er bespricht zunächst die Ansicht des Johannes, weist die Einwände zurück, die Roffredus gegen sie erhoben hatte, erklärt sich sodann aber selbst auch gegen dieselbe, weil Johannes als Grund des Uebergangs der Gefahr einen Kauf annehme, es aber bei dem contractus aestimatorius eben charakteristisch sei, daß kein Kauf vorliege. Nicht hiernach, sagt er, müsse man unterscheiden, sondern nach dem in l. 11. Dig. de reb. cred. (XII. 1.) erwähnten Umstand, ob die Sache dem Eigenthümer verkäuflich gewesen sei oder nicht, im letzteren Fall gehe das Periculum über, im ersteren nicht. Diese Ansicht ist neu, selbstständig und steht an innerem Gehalte keiner der bisher vorgetragenen Meinungen nach; der Mangel, an dem sie leidet, ist erst weiter unten durch Interpretation der l. 11 cit. nachweislich.

Bei allen diesen Versuchen der älteren Interpreten, eine Vereinigung der widersprechenden Stellen zu vermitteln, ist es rühmlich anzuerkennen, daß sie, wenn auch ohne Erfolg, doch die eigentliche Schwierigkeit zu lösen, nämlich den Grund der verschiedenen Quellenentscheidungen aufzufinden trachten; von Cujas an giebt die Litteratur über diese Frage eine weit geringere Ausbeute, da die meisten Juristen ohne weitere Untersuchung eine Modification des einen Fragments durch den Inhalt des andern annehmen, und, die Collision der Stellen gar nicht als Widerspruch behandelnd, zufrieden sind, wenn

1) Commentar. jur. civil. lib. VII.

2) Lectura super IV libros Institut. de actionibus § Actionum fol. C. 26.

sie die einzelnen Bestimmungen in einem gewissen System neben einander wiederholt haben.

Cujas[1]), von dem man ein förderndes Urtheil wohl erwarten könnte, beschäftigt sich bei Behandlung der l. 17 § 1 cit. zunächst weitläufig mit dem Nachweis, daß bei dem in ihr besprochnen Fall kein Mandat und überhaupt kein benannter Contract zu Grunde liege. Sodann geht er auf die Frage über: weßhalb man wohl der p. v. actio aestimatoria in den Digesten einen eigenen Titel eingeräumt habe, und bemerkt schließlich fast wie beiläufig, daß den Empfänger, wenn er die Veranlassung zu dem Geschäft gegeben, ebenso die Gefahr treffe, wie nach Bestimmung der l. 5 § 3. Dig. Commodat. (XIII. 6.) den Commodatar. Wenn dagegen der andere Contrahent ihn aufgefordert habe, so falle diesem das Periculum zur Last, in dem dritten möglichen Fall endlich, wenn es sich nicht ausmitteln lasse, von wem das erste Anerbieten herrühre, sei der Trödler nur wegen Dolus und Culpa verhaftet. Alle diese Fälle und Entscheidungen giebt das angezogne Fragment selbst, die Schwierigkeit seiner Vereinigung mit der l. 1. Dig. h. t. wird dadurch beseitigt, daß der Inhalt der letzteren nur für theilweise, d. h. nur unter den in jenem angegebenen Voraussetzungen für richtig erklärt wird.

In ganz ähnlicher Weise überhebt sich der Schwierigkeit der Untersuchung Huber[2]), der eine Vereinigung beider Stellen mit Recht für nothwendig, aber ohne Begründung die l. 17. für die maaßgebende hält. Ebenso läßt Voet[3]) un-

1) Recitationes solemnes in l. 17. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.). In der Interpretat. ad § 4 Pauli sent. Recept. cit. findet sich ebenfalls nur eine Umschreibung der Quellenstelle ohne alle weitere Begründung.

2) Praelectiones ad Dig. lib. XIX. 3. No. 4.

3) Commentar. ad Pand. lib. XIX. 3.

befriedigt, obgleich er doch wenigstens auch die übrigen Stellen, besonders die l. 11. Dig. de reb. cred. (XII. 1.) in Betracht zieht, und nicht bloß den Umstand, wer die Veranlassung zu dem Geschäft gegeben hat, sondern auch die Feilheit des Objects für ein entscheidendes Moment angesehen wissen will.

Eine Ausnahme von dieser stereotypen Uebereinstimmung, die zunächst an einigen Beispielen nachgewiesen werden sollte, macht in etwas früherer Zeit Ant. Faber[1]), der ein schon von den Glossatoren vorgeschlagenes Auskunftsmittel, aber leider das allerschwächste wählt. Er unterscheidet zwischen einer aestimatio certa und incerta, und läßt nur bei jener, die in l. 1. h. t. angenommen werde, das Periculum übergehen. Bei der incerta soll zunächst nach Bestimmung der l. 11 cit. unterschieden, und wenn die Sache nicht feil war, nach Maaßgabe der l. 17. wieder subdistinguirt werden. Daß sich eine Abschätzung ohne Annahme eines gewissen Werths nicht denken läßt, reicht allein schon hin, seine weiteren Distinctionen über den Haufen zu werfen.

Die nachfolgenden Juristen, insbesondere die Systematiker, schließen sich mit so geringen Modificationen einer der bisher vorgetragnen Ansichten an, daß ohne die Gefahr, ein Register von Wiederholungen zu geben, dieselben nicht einzeln angeführt werden können. Als Beispiele dieser Regel und der vorkommenden Abweichungen sind zu bemerken: Wesenbeck[2]) unterscheidet wie Anton Faber, Bachov[3]) tadelt dies mit Recht, und schließt sich ebenso wie Frantzke[4]) der Ansicht

---

1) Rationalia ad l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.), l. 17 § 1. Dig. de Praecept. verb. (XIX. 5.).

2) Paratitla Dig. h. t. No. 5.

3) ad Treutlerum vol. I. disp. 30. th. 2. tit. E.

4) Commentar. in XXI. lib. Pand. ad h. t.

des Johannes an, bei Meier[1]) findet sich der selbstständige Irrthum, daß man zwei verschiedene Uebereinkommen zu trennen habe. Einmal könne ausgemacht werden, daß entweder die res incorrupta oder die aestimatio zu prästiren sei, hier sei alternativ zu klagen, oder die Verpflichtung gehe nur auf Restitution der Aestimatio, diese allein könne also gefordert werden, der Empfänger dürfe sich aber auch durch Rückgabe der Sache liberiren. Von dem letzteren Fall spreche die l. 1 cit., bei dem ersteren sei nach l. 17 cit. zu unterscheiden. Das umgekehrte Verhältniß würde, besonders nach den Worten der l. 1., eher zu erwarten gewesen sein. Cocceji[2]) meint, im Zweifel verspreche der Empfänger nur eine Thätigkeit, nehme aber nicht die Aestimatio auf sich. Wenn er aber die Gefahr tragen wolle, dann müsse er natürlich haften, und dies sei auch dann der Fall, wenn er Veranlassung zu dem Geschäft gegeben habe. Bei dieser Meinung werden Ursache und Wirkung, Aestimatio und Periculum fortwährend verwechselt.

Lauterbach[3]) läßt die Gefahr übergehen in Folge der alternativen Obligation, nimmt aber diese nur dann an, wenn der Trödler den Anstoß gab. Stryk[4]) faßt die l. 1. als Regel und die l. 17. als Erläuterung derselben. J. H. Böhmer[5]) behauptet, das letztere Fragment spreche gar nicht von einem contractus aestimatorius. Ganz naiv ist Brückner[6]), er entscheidet sich ebenso wie Böhmer für den Eigenthumsübergang, wie aber der Widerspruch zwischen l. 1. und l. 17.

---

1) Collegium Argentoratense ad Pand. h. t. th. V.
2) Jus civ. controvers. ad Dig. h. t. Qu. 2. Obj. 8. Resp. 2.
3) Colleg. Theoret.-Pract. ad Dig. h. t. cap. XVI.
4) Usus Modern. Pand. ad h. t. § VI.
5) Dissert. cit. § XXXVI.
6) Dissert. cit. § XVIII.

zu lösen sei — diese Untersuchung verschiebt er auf eine passendere Gelegenheit, die er nachher leider wohl nicht gefunden hat. Schömann[1]) legt die l. 17. zu Grunde, und nimmt an, daß die in ihr gegebene Voraussetzung auch in l. 1 cit. gemacht werde. Seine Behauptung, daß aestimatio in dieser Stelle soviel heiße als contractus aestimatorius[2]), ist völlig irrig. Glück[3]) geht ebenfalls von der l. 17. aus und argumentirt weiter: wie der Trödler durch bittweisen Antrag zum Verkauf stillschweigend das Periculum übernehme, so geschehe es auch dadurch, wenn er den Werth bestimmt zu geben versprochen habe. Dieser Fall sei besprochen in der l. 5 § 3. Dig. Commod. (XIII. 6.), und auch die l. 1 cit. sage nichts Anderes, als der Trödler trage die Gefahr, wenn er sie übernommen habe. Diese Darstellung ist, insofern sie die angeführten Quellenaussprüche vereinigen soll, völlig verfehlt. Die l. 5 cit. spricht überhaupt nicht von einem Trödelvertrag, die l. 1. Dig. h. t. kann nicht den angegebenen Sinn haben, denn Ulpian begeht nicht die Trivialität, zu sagen: wer die Gefahr übernimmt, trägt die Gefahr, vielmehr führt er eben, abgesehen von der freiwilligen Uebernahme, das äußere Moment der Aestimatio als entscheidend für das Periculum an.

In den neusten Lehr- und Handbüchern wird meistens der in l. 17. erwähnte Umstand, wer Veranlassung zu dem Geschäft gegeben habe, als maaßgebend angesehen[4]), zuweilen auch wohl der l. 1 cit. durch den Zusatz Rechnung getragen, daß der Trödler für den Casus einstehen müsse, wenn er einen bestimmten Werth der Sache zu bringen versprochen habe.

---

1) Die Lehre vom Schadensersatz. S. 167 flgde.

2) Handbuch des Civilrechts. Bd. I. S. 328.

3) Commentar. Bd. XVIII. S. 70 flgde.

4) So Mühlenbruch: Pandekten § 430. Göschen: Vorlesungen. Bd. III. § 492.

Es bleibt dahin gestellt, ob Thibaut[1]) und Wening[2]), die sich in der zuletzt angegebenen Weise entscheiden, eine unbestimmte Abschätzung, oder einen Trödelvertrag mit der alleinigen Verpflichtung, die Sache zu restituiren, für möglich hielten. Welche Ansicht Unterholzner[3]) hat, läßt sich aus seiner Darstellung mit Sicherheit nicht erkennen. Sintenis[4]) weist gut nach, daß erstens die l. 5. Commodati nicht hierher gehört, zweitens alle übrigen Stellen im Einklang stehen bis auf die l. 1 cit. Wie aber diese zu erklären ist, darüber spricht auch er sich nicht aus.

Die Ansicht von Puchta[5]) ist schon angegeben und im Allgemeinen zu widerlegen versucht worden; genauer werden wir auf dieselbe noch weiter unten zurückkommen.

Mehrfach hat sich schon die Gelegenheit geboten, die einer großen Anzahl von Juristen gemeinsame Ansicht zu erwähnen, daß bei dem contractus aestimatorius durch Uebergabe der Sache das Eigenthum an derselben auf den Trödler übertragen werde. So ersichtlich aber auch die aus dieser Behauptung hervorgegangene zweite Streitfrage mit der bisher erörterten in einer nahen Verwandtschaft steht, so habe ich dennoch von einer gleichzeitigen Behandlung beider Controversen, selbst bei der dogmengeschichtlichen Darstellung, deßhalb absehen zu müssen geglaubt, weil mit der Annahme eines Eigenthumsübergangs eine völlig andere Anschauung des Verhältnisses zwischen Empfänger und Tradenten eingeführt wird. Wer den Ersteren Eigenthümer werden läßt, kann begreiflicher Weise eine Verpflichtung desselben, dem Letzteren gegenüber für das

1) Pandekten § 896.
2) Lehrbuch § 192.
3) Schuldverhältnisse Bd. II. S. 304.
4) Das gemeine Civilrecht Bd. II. § 117. Not. 3.
5) Pandekten und Vorlesungen § 313.

periculum casus einzustehen, nicht mehr annehmen, er muß ihm als Dominus unbedingt die Gefahr zusprechen, und alle die Bestimmungen der Quellen, die eine Modification der strengen Haftungspflicht des Trödlers enthalten, als nicht hierher gehörig zurückweisen.

Eine Uebersicht der Argumente, die für die Annahme des Eigenthumsübergangs von der Zeit ihres ersten Auftretens bis auf Puchta als ihren neusten Anhänger beigebracht worden sind, belehrt uns, daß dieselben zwar auch andern Eigenschaften des Trödelvertrags, hauptsächlich aber der ihm inwohnenden Verkaufsnatur, d. h. der Voraussetzung entnommen sind, daß bei dem contractus aestimatorius nicht bloß eine conditionalis venditio vorliege, sondern durch die Aestimatio das Verhältniß sofort den Charakter eines Verkaufs erhalte. Dieser Umstand verdient schon hier eine Erwähnung wegen einer eigenthümlichen Erscheinung in unserer Litteratur. Wie nämlich für die Behauptung des unmittelbaren Eigenthumsübergangs offenbar der beste Grund in der Annahme eines Verkaufs liegt, als dessen natürliche Folge jener erscheint, so sollte man meinen, habe auch umgekehrt schon sehr zeitig diese Auffassung unsres Rechtsverhältnisses auf jene Consequenz geführt. In der That aber ist von den ältesten Juristen das Wesen der bei dem Trödelvertrag zur Erscheinung kommenden venditio weder genauer untersucht, noch zu etwas Weiterem als zu einem Schluß auf das dem Trödler zur Last fallenden Periculum benutzt worden; von der Behauptung einer unmittelbaren Eigenthumsübertragung halten sich dieselben, manchmal vielleicht an sich inconsequenter Weise, doch im Allgemeinen mit glücklichem Takt entfernt. Im Allgemeinen ist die Streitfrage wegen der Eigenthumsübertragung entschieden viel späteren Ursprungs, als die oben dargestellte, außerdem sind aber auch bei ihr die Meinungen der einzelnen Schriftsteller, welche die-

selbe Grundansicht vertheidigen, hinsichtlich der Art und Weise ihrer Begründung bei Weitem nicht so von einander abweichend, und es wird eben deßhalb neben einer übersichtlichen Darlegung der hauptsächlichsten Argumente dennoch eine verhältnißmäßige Kürze möglich sein.

Ganz abgesehen von der Glosse erwähnen selbst die bedeutendsten der Postglossatoren, wie z. B. Jason[1]), die Frage, ob der Trödler Eigenthümer werde, mit keinem Wort, und das gleiche Schicksal hat dieselbe, um einige Autoritäten der nachfolgenden Zeit zu nennen, bei Cujas, Huber und Voet. Nur Anton Faber verwirft den Eigenthumsübergang ausdrücklich, allerdings aber aus dem falschen Grunde, weil der Dominus jede Gefahr trage, der Trödler dagegen für den durch vis major herbeigeführten Casus nicht hafte[2]). Wer vor ihm zuerst durch die Behauptung des Gegentheils diese Controverse angeregt hat, ist ohne wissenschaftliches Interesse. Lauterbach[3]) beruft sich für seine Ansicht, daß sofort das Eigenthum übergehe, auf mehrere Aeltere, die ebenso wie er, nur hierin die Verwandtschaft des Trödelvertrags mit einem Kauf, und einen Unterschied desselben von dem Mandat finden. Anderer Meinung ist Schilter[4]). Bertoch[5]) bezeugt, indem er die verschiedenen Ansichten mit ihren Gewährs-

---

1) Bei seiner sorgfältigen Untersuchung über das Periculum (Lectura de aestimator. actio. fol. CCII.) erwähnt derselbe mehrfach die Verkaufsnatur des Trödelvertrags, folgert aber aus derselben nur die strenge Haftung des Trödlers. Bartolus ad Dig. XIX. 3. unterscheidet das Rechtsverhältniß bei dem Trödelvertrag von einem Fall, wo die Aestimatio das Eigenthum übergehen lasse.

2) Rationalia ad Dig. h. t.

3) Colleg. Theoretico-Practicum ad lib. XIX. tit. 3. IX.

4) Prax. jur. Rom. exercitat. XXXII. § 5.

5) Promptuarium juris. verb. contract. aestimator. pag. 324.

männern neben einander setzt, daß zu seiner Zeit ein herrschendes Dogma über diese Frage nicht existirte. Vor Allen zu erwähnen ist J. H. Böhmer [1]), der in seinen Exercitationen den Pandektentitel: de aestimatoria in einer Dissertation über den Eigenthumsübergang auf den Trödler behandelt. Da er bei Weitem der beste Repräsentant seiner Richtung ist, mag eine etwas genauere Darstellung seiner Argumente wohl gerechtfertigt erscheinen. Zunächst stützt er sich auf die Natur der Obligatio als einer alternativa. Diese bringe es mit sich, daß eine Vindication des hingegebenen Objects unmöglich sei, und die Unzulässigkeit der Vindication zeuge eben wieder von dem Eigenthumsübergang, der überdies bei dem Trödelvertrag schon deßhalb angenommen werden müsse, weil eben hierdurch sich der letztere von dem Mandat unterscheide. Um diese Ansicht widerlegt zu sehen, braucht man sich nur daran zu erinnern, daß Böhmer nach der Anschauung, es sei bei einer zeitweisen Beschränkung der Vindicationsbefugniß auch kein Eigenthum mehr vorhanden, consequent bei allen Verträgen, wo eine Sache für eine gewisse Zeit überlassen wird, und innerhalb derselben nach dem Inhalt des abgeschlossenen Contracts nicht zurückgefordert werden kann, Eigenthumsübergang annehmen muß. Daß übrigens der Unterschied zwischen dem contractus aestimatorius und dem Mandat in ganz andern Momenten zu suchen ist, wird sich weiter unten zeigen. Der zweite Grund, den Böhmer für sich anführt, ist der Charakter der Aestimatio, die hier venditionis gratia vorgenommen werde. Auf dieses Argument, das auch von Puchta, und zwar als das einzige und allein hinreichende angeführt wird, ist erst bei der eigenen Entscheidung der Streitfrage einzugehen; seine Widerlegung giebt unmittelbar die

1) Dissertatio cit.

richtige Meinung. Uebrigens hat sich Böhmer mit den bisher angeführten Argumenten erschöpft; was er noch weiter für seine Meinung geltend macht, ist zum Theil außerordentlich unbedeutend, zum Theil derselben geradezu widersprechend. Ein Beweis der ersteren Art ist der, daß der Trödler Eigenthümer werden müsse, weil sonst Niemand von ihm kaufen könne, ohne Gefahr zu laufen, daß der Dominus nachmals die Sache zurückfordere. Einmal würde, alles Andre zugegeben, hiermit nur die Nothwendigkeit des Eigenthumsübergangs vor dem Weiterverkauf, nicht auch sogleich beim Abschluß des Geschäfts, dargethan sein, zweitens müßte aber begreiflicher Weise aus demselben Grund auch der Mandatar zum Eigenthümer gemacht werden. Ein gegen seine Ansicht sprechendes Argument führt Böhmer an, indem er den Satz aufstellt, wer die Gefahr für eine Sache trage, sei auch regelmäßig deren Eigenthümer. Ob dieser Satz als Regel mehr Ausnahmen oder mehr Anwendungsfälle haben würde, mag dahin gestellt bleiben, allein der Beweis für die in unserm concreten Fall nothwendige Voraussetzung, daß dem Trödler unbedingt das **periculum rei** zur Last falle, kann nur dadurch geführt werden, daß die vielerwähnte **l. 17. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.)** als nicht hierher gehörig zurückgewiesen wird. Während der **contractus aestimatorius** eine **aestimatio venditionis causa** voraussetze, soll in der **l. 17. cit.** eine **aestimatio taxationis causa** angenommen werden, und die Mandatsklage nur deßhalb nicht möglich sein, weil nach den Verhältnissen eine andere Haftungspflicht des Empfängers nothwendig erscheine, als dem Mandatar obliege. Als einziger Grund für diese Annahme wird geltend gemacht, daß außerdem Ulpian mit seinem eigenen Ausspruch in **l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.)** in Widerspruch gerathen würde! —

Ohne neue, zum Theil ohne alle Gründe treten der An-

sicht von Böhmer bei: Leyser[1]), Hellfeld[2]) und Madihn[3]), gegen dieselbe erklärt sich wieder ausführlich Cocceji[4]). Nach seiner Ansicht kann der Trödler nicht Dominus werden und zwar aus folgenden Gründen: Einmal weil der **contractus aestimatorius** ein von dem Verkauf verschiedenes Geschäft sei, das sich mehr dem Mandat und der Miethe nähere, zweitens weil nach den faktischen Verhältnissen der **animus transferendi dominii** nicht anzunehmen, auch mit dem Eigenthumsübergang die verschiedenartige Haftungspflicht des Trödlers und seine Berechtigung zur Restitution der Sache selbst unverträglich sei. Diese Gründe haben, wenn auch nicht durchgängig, so doch zum großen Theil inneren Gehalt, die übrigen Argumente dagegen sind schwach, auch ist Cocceji nicht immer glücklich in Widerlegung der Einwände, die er sich selbst entgegenhält. So behauptet er, um den übrigens ganz leeren Einwurf, daß doch die Aestimatio als Gegenstand der Forderung erscheine, zu beseitigen, dieselbe sei gar nicht **in obligatione**, sondern nur das Pretium, das der Trödler beim Weiterverkauf erhalten habe. Hierdurch geräth er in Gefahr, materiell das ganze Rechtsverhältniß als Mandat aufzufassen.

Nach einer sorgfältigen und nicht ohne Scharfsinn geschriebenen Kritik der von Böhmer gegebenen Argumentation verwirft dessen Meinung Köchy[5]). Daß auch sein Standpunkt ein einseitiger ist, liegt vorzüglich darin, daß er nicht das Rechtsverhältniß beim Trödelvertrag in seiner Totalität auffaßt. Das Nämliche gilt von Müller[6]). Letzterer ebenso

1) Meditationes ad Pandect. Spec. CCXXI. IV. Vol. IV. p. 701.
2) Jurisprudentia forensis § 1066.
3) Principia jur. Rom. § CCXXXIII.
4) Jus civile controvers. ad Dig. XIX. 3.
5) Meditationen Bd. I. Nr. XIV.
6) Observationes practic. ad Leyserum. Tom. II. Obs. CCCCXLVIII.

wie Höpfner[1]) läugnet den Eigenthumsübergang besonders auch aus dem Grunde, weil auch bei dem Kauf nicht vor Zahlung des Preises übertragen werde. Es ist allerdings auffällig, daß man auf diesen Umstand früher kein besonderes Gewicht gelegt hat, von ihm allein kann aber die Entscheidung deßhalb nicht abhängen, weil bei dem Trödelvertrag in der Tradition der Sache den Verhältnissen nach meist ein Creditgeben liegt.

Ohne Gründe, die einer besonderen Berücksichtigung bedürften, nimmt auch Glück[2]) an, daß der Trödler nicht sofort Eigenthümer werde, und, abgesehen von der abweichenden Ansicht Puchta's, ist diese Meinung in der neusten Zeit die durchaus herrschende geworden. Hierfür Citate beizubringen, ist bei der vorhandenen Uebereinstimmung völlig überflüssig, bemerkenswerth ist nur noch, daß die meisten Compendien sich mit der Negative begnügen, Eigenthum werde nicht durch die Tradition übertragen, dagegen nur Wenige positiv angeben, daß der Eigenthumsübergang durch die Zahlung der Aestimatio erfolge[3]). —

V. Fortsetzung. Eigene Entscheidung.

Bei der dogmengeschichtlichen Darstellung mußte mit der umfänglicheren Streitfrage über das Periculum deßhalb der Anfang gemacht werden, weil die Behauptung des Eigenthumsübergangs auf den Trödler lediglich als eine Folge der über jene Controverse herrschenden Ungewißheit anzusehen ist.

1) Commentar zu den Institutionen § 802. S. 704.

2) Commentar Bd. XVIII. S. 67.

3) Dies geschieht von Glück a. a. O. und unter Anderen auch von Bucher: Recht der Forderungen § 113.

Bei dem Versuch, eine eigene Entscheidung zu geben, ist das umgekehrte Verfahren einzuhalten, weil die Frage nach der Haftung des Trödlers für den Casus erst dann Bedeutung gewinnt, wenn es sich herausstellt, daß derselbe nicht sofort Eigenthümer wird.

Um sich bei der vorliegenden Untersuchung gleich von Anfang herein auf den richtigen Standpunkt zu stellen, muß man sich daran erinnern, daß, abgesehen von der dem Trödelvertrag inwohnenden Verkaufsnatur, kein irgend entscheidender Grund für den Eigenthumsübergang weder beigebracht worden ist, noch auch überhaupt angeführt werden kann. Das Uebergeben der Sache zum Verkauf ist an sich diese Veränderung hervorzurufen so wenig geeignet, daß man in allen Fällen, wo, wie z. B. bei dem Mandat, keine Abschätzung zu dem Zweck, für den Empfänger das Verpflichtungsquantum festzusetzen, hinzukommt, an die Uebertragung des Dominii niemals gedacht hat. In der That hängt also die Frage, ob die letztere vor sich gehe, in ihrer Entscheidung davon ab, ob man bei dem contractus aestimatorius einen Verkauf anzunehmen geneigt ist, und wir könnten uns unter Berufung auf die im Anfang dieser Abhandlung gegebene Ausführung mit dem dort gewonnenen Resultat, daß eine conditionalis venditio bei dem Trödelvertrag vorhanden sei, begnügen. Die Schlußfolgerung, die aus demselben auf den Eigenthumsübergang zu machen wäre, würde weder schwierig noch anders als in einer einzigen Weise möglich sein. Allein die praktische Wichtigkeit der vorliegenden Frage sowohl, als andrerseits die mehrfachen Irrthümer, die bei Gelegenheit derselben vorgekommen sind, läßt es als nothwendig erscheinen, den Charakter des Trödelvertrags als einer conditionalis venditio, der bei der Lehre von der Klagentstehung nur beiläufig hervorgehoben wurde, an dieser Stelle genauer darzustellen.

Zwei Factoren sind es, die für die Production eines Kaufs bei einem Rechtsverhältniß, das in der Uebergabe einer ästimirten Sache unter der absoluten oder eventuellen Verpflichtung, die Aestimatio zu restituiren, besteht, thätig werden können: die Absicht der Partheien und die Aestimatio, insofern letztere den Charakter eines Kaufpretii an sich trägt. Jenachdem eines von diesen beiden Momenten allein oder beide neben einander auftreten, unterscheiden sich folgende Fälle:

1) Es kommt sofort ein Kauf zu Stande, sobald die Absicht der Partheien unmittelbar auf Abschluß eines derartigen Rechtsgeschäfts gerichtet ist. Soll bei demselben dem Käufer die Berechtigung vorbehalten bleiben, statt des Preises das Kaufobject selbst zu restituiren, so muß dieses durch besondere Nebenübereinkommen vermittelt werden [1]; unter die Resolutivbedingung si velit emtor, welche die Existenz des geschlossenen Kaufs völlig von der einseitigen Willkühr des Käufers abhängig machen würde, kann aber das Verhältniß nur dann gestellt werden, wenn das Geschäft als ein Kauf ad gustum oder auf Displicenz erscheint.

Das nämliche Resultat ergiebt sich ohne den ausgesprochenen Willen der Partheien auch dann, wenn dieselben der Aestimatio die Qualität eines Kaufpreises dadurch beilegten, daß sie die Schätzungssumme als alleiniges Restitutionsobject bezeichneten. Hier macht die Aestimatio das Geschäft zum Kauf, aestimatio enim venditio est sagt **Ulpian** in l. 10. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.). Welche Fälle hierher gehören, ist oben nachgewiesen worden.

2) Es ist nicht schon im Augenblick des Geschäftsabschlusses ein Kauf vorhanden, wohl aber die Möglichkeit geboten, daß ein solcher später entstehen kann. Dieses Verhältniß tritt

---

1) Das Nähere darüber vergleiche weiter unten.

ein, wenn die Partheien einen Kauf unter einer Suspensivbedingung abschlossen, vor der Existenz der Bedingung ist noch gar kein Recht vorhanden, in dem Augenblick ihrer Erfüllung wird ein Kauf existent. Zweitens kann aber auch hier gleiche Wirkung, wie die Absicht der Partheien, ebenfalls wieder die Aestimatio haben, sofern die Abschätzungssumme nicht als alleiniges, sondern als eventuelles Restitutionsobject festgesetzt worden ist. Dies kommt erstens dann vor, wenn die Aestimatio geschah, um die Gefahr auf den Empfänger der Sache zu übertragen, so daß für den Fall ihres Untergangs der ausgemachte Preis gezahlt werden soll. Wenn dem Commodatar die geliehene Sache abgeschätzt übergeben worden ist, damit derselbe das Pretium zu zahlen habe, sobald er die Sache nicht mehr leisten kann, so ist bis zum Augenblick des Untergangs ein Commodat, von diesem Moment an aber ein Kauf vorhanden. Ob die Contrahenten hier gleich anfänglich einen Kauf unter Suspensivbedingung ausdrücklich abzuschließen beabsichtigten oder nicht, ist für das sich ergebende Resultat völlig gleichgültig.

Zweitens ist in Folge der Aestimation das Rechtsgeschäft den Charakter eines Kaufs anzunehmen geeignet, wenn die Schätzungssumme an die Stelle der Sache nicht im Fall ihres Untergangs, sondern nach der willkührlichen Wahl des Empfängers treten soll. Dies ist der Fall des Trödelvertrags. Auch hier entsteht ein Kauf, sobald der Trödler sich entschieden, und dadurch die Aestimationssumme den Charakter eines Kaufpreises erhalten hat.

Dieser Fall, wo das objective Moment der Aestimatio den Kauf hervorruft, würde sich von dem andern, wenn die Partheien die ausdrückliche Absicht hatten, einen Kauf unter einer Suspensivbedingung abzuschließen, ebenfalls wieder hinsichtlich des Resultats in keiner Beziehung unterscheiden, und

es entsteht hierdurch die Frage, weßhalb die Römer nicht den Trödelvertrag als einen Kauf unter einer Suspensivbedingung auffaßten, und, statt eine neue Klage einzuführen, die emti venditi actio zuließen? Hierauf ist schon oben die Antwort gegeben worden, daß die Kaufsklage nicht möglich war, weil pendente conditione ein Kauf noch gar nicht existirte. Es handelte sich nicht darum, eine Klage für den Fall, daß sich der Trödler schon entschieden hatte, zu erhalten, man bedurfte eines Rechtsmittels auf die Gegenleistung, bevor Jenes geschehen war. Nach der soeben gegebenen Ausführung läßt sich aber noch ein zweiter entscheidender Grund angeben. Das Charakteristische bei dem Trödelvertrag war das freie Wahlrecht des Trödlers, ob er die Sache selbst oder das Pretium restituiren und eben hierdurch den Vertrag die Natur eines Kaufs gewinnen lassen wollte. Hätte man nun in einer Suspensivbedingung diese seine Berechtigung ausdrücken wollen, so würde diese keine andere haben sein können als: si velit emtor, durch diese Bedingung aber wäre die Existenz des Rechtsverhältnisses im Allgemeinen ausgeschlossen worden [1]).

Wir können nunmehr die Behauptung, daß bei dem contractus aestimatorius eine conditionalis venditio vorliege, als nach allen Seiten hin gerechtfertigt ansehen. Unter conditionalis venditio haben wir aber hier nicht sowohl einen unter einer Bedingung abgeschlossenen Kauf, als vielmehr ein Rechtsgeschäft zu verstehen, das nach den in ihm liegenden faktischen Voraussetzungen die Natur eines Kaufes erhalten kann, wenn ein gewisses unbestimmtes und in der Zukunft liegendes Ereigniß eintritt. Daß für ein derartiges Verhält-

1) Die Bedingung si emtor vendiderit hätte seine Berechtigung nicht ausgedrückt, denn der Trödler kann die Sache auch für sich selbst behalten.

niß die Römer selbst den Ausdruck **conditionalis venditio** gebrauchten, bezeugt die schon oft erwähnte **l. 10. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.)**. Hier bespricht Ulpian den Fall, wenn Dotalobjecte in der Weise abgeschätzt werden, daß sofort durch die Aestimatio ein Kauf entstehe, und bemerkt dabei, für dessen Existenz sei aber eine nothwendige Voraussetzung der Abschluß der Ehe, bis dahin die **venditio** eine **conditionalis**. Auch hier wollen die Partheien nicht einen Kauf unter einer Suspensivbedingung eingehen, sondern eine Dos bestellen, und nur durch die Art und Weise, wie dies geschieht, entsteht ein Verhältniß, welches sofort die Natur des Kaufs annimmt, sobald das weitere Ereigniß des Eheabschlusses hinzukommt [1]).

Bei dem Ergebniß, welches diese Betrachtung für die Frage nach dem Eigenthumsübergang liefert, ist aber noch ein weiteres Moment nicht außer Acht zu lassen. Mit der Annahme einer **conditionalis venditio** gelangen wir zu dem Resultat, daß der Trödler nicht sofort, sondern erst dann Eigenthümer werden kann, wenn durch seine eigene Entscheidung, das Pretium zu restituiren, der Kauf wirklich existent geworden ist. Allein auch selbst in diesen Augenblick, scheint es, darf man den Eigenthumsübergang nicht setzen, denn es ist eine bekannte Regel, daß durch die Tradition nur dann Eigenthum übertragen wird, wenn der Verkäufer den Kaufpreis oder eine anderweitige Sicherstellung angenommen hat [2]). Diese Regel konnte in den einzelnen oben angeführten Fällen, wo die Aestimatio mit der unmittelbaren Wirkung eines Verkaufs auftritt, wie bei Verpachtung eines Grundstücks unter Aestimation des

1) Böhmer: **Diss. cit. § XXXVIII.** hat Recht, wenn er die **eventualis venditio** von der **conditionata** unterscheidet, allein er faßt das Wesen der ersteren nicht richtig auf.

2) **§ 41. J. de Rer. divis. (II. 1.), l. 11 § 2. Dig. de actionib. emt. vend. (XIX. 1.).**

Instrumentum, und bei der dos aestimata aus ersichtlichen Gründen keine Geltung erlangen. Sobald einerseits ein Kauf durch ein Rechtsgeschäft sogleich entsteht, andrerseits die spätere Zahlung der Aestimatio, das ist des Kaufpreises, besonders ausgemacht wird, erscheint der Eigenthumsübergang durch die Tradition deßhalb als eine natürliche Folge des Kaufs, weil dem Verkäufer offenbar durch das Versprechen der späteren Leistung Genüge geschehen ist. Ist nun aber auch bei dem Trödelvertrag anzunehmen, daß der Tradent auf den Fall hin, wenn die conditionalis venditio wirklich eintrete, dem Uebernehmer Credit gegeben hat? Diese Frage ist für den einzelnen Fall so durchaus faktischer Natur, daß es kaum möglich sein wird, eine für alle Fälle gleichmäßig entscheidende Regel aufzustellen. In der Tradition der Sache zu dem Zweck, deren Weiterverkauf zu versuchen, liegt allerdings der Beweis eines gewissen Zutrauens, und es wird meistens durch die Verhältnisse, die noch weiter hinzukommen, gerechtfertigt sein, ein eventuelles Creditiren von Seiten des Tradenten anzunehmen; dagegen ist andrerseits doch nicht zu vergessen, daß durch die Uebergabe der Sache allein jenes nicht ausgesprochen ist, vielmehr ja gerade die Tradition nicht Eigenthum übertragen soll, wenn nicht aus andern Umständen das Creditiren hervorgeht. Es lassen sich mithin lediglich folgende Grundsätze aufstellen:

Das Eigenthum kann als Folge des durch die Aestimatio herbeigeführten Kaufs nicht schon bei Abschluß des Geschäfts, sondern, sobald kein Credit gegeben wurde, erst dann übergehen, wenn die Aestimationssumme gezahlt worden ist. Ergiebt sich aber, wie es mindestens sehr häufig der Fall sein wird, aus den Verhältnissen, daß der Tradent creditiren wollte, so erfolgt der Eigenthumsübergang schon dann, wenn der Uebernehmer nicht die Sache selbst, sondern das Pretium

zu restituiren sich entschieden hat, und eben hierdurch der Aestimatio den Charakter einer venditionis causa facta verleiht, den sie vorher nicht hatte. Diese Entscheidung braucht nicht wörtlich ausgesprochen, sie kann auch durch concludente Handlungen gegeben sein, einmal durch den Weiterverkauf, zu dessen Zweck das ganze Geschäft vorzugsweise eingegangen zu werden pflegt, sodann durch Schenkung an einen Dritten oder Verwendung zu eigenem Gebrauch [1]). Hierdurch erledigt sich der Einwand, daß an eine spätere Eigenthumsübertragung deßhalb nicht zu denken sei, weil der Trödler von Anfang an Eigenthumsrechte an der Sache ausüben dürfe. Allerdings ist er dazu berechtigt, allein erstens macht die Befugniß zum Weiterverkauf, in der sich vorzugsweise jenes Dispositionsrecht zeigt, eben den Inhalt der eingegangnen Obligation aus, und setzt für den Trödler ebensowenig das Eigenthum voraus, wie bei dem Verkaufsmandat für den Mandatar, zweitens steht es, wenn Credit gegeben worden ist, jeden Augenblick in der Macht des Trödlers, Eigenthümer zu werden, und selbst ohne seine ausdrücklich darauf gerichtete Absicht ist er es geworden, sobald er durch die Ausübung jener Verfügungsbefugniß sich entschieden hat [2]). Daß der Tradent die Dispositionen, die der Trödler über die Sache getroffen hat, seinerseits nicht anfechten darf, vielmehr sich mit der ihm gegen den Letzteren zustehenden Forderung auf das Pretium begnügen muß, versteht sich von selbst [3]); mehr hervorzuheben ist seine Berechtigung,

1) Eine solche concludente Handlung würde es auch sein, wenn der Trödler in seinen Büchern sich für den Betrag der Abschätzungssumme belastete.

2) Das Preuß. Landrecht a. a. O. § 513. und das Oesterreich. Gesetzbuch § 1087. nehmen den Eigenthumsübergang mit Ablauf des festgesetzten Termins an.

3) Ausdrücklich anerkannt im Preuß. Landrecht § 526. Oest. G.-Buch § 1088.

nach der durch irgend eine concludente Handlung oder anderweitig gegebenen Entscheidung des Trödlers, die Rückgabe der Sache zurückzuweisen und die Aestimatio verlangen zu dürfen. Gesetzt den Fall, der Trödler habe die Sache verkauft, und vindicire sie nachmals, weil er noch nicht Eigenthum übertragen aus der Concursmasse seines insolventen Käufers, so kann er sich nunmehr durch Restitution des Objects von seiner Verbindlichkeit nicht mehr befreien.

Gegenüber der hier gegebenen Darstellung dieser Lehre hat in neuerer Zeit Puchta behauptet, daß sofort Eigenthum übergehe, allein, wegen der Berechtigung des Trödlers die Sache selbst zu restituiren, unter einer Resolutivbedingung [1]). Das Irrige dieser Ansicht ruht im Allgemeinen darin, daß bei ihr die Wirkung, nämlich der Eigenthumsübergang unter eine Bedingung gestellt ist, während doch vielmehr die Ursache dieser Wirkung, der Kauf, als bedingt erscheint. Die Voraussetzung, daß die Aestimatio beim contractus aestimatorius venditionis causa vorgenommen werde, ist durch innere Gründe schon widerlegt; zum Schluß sei es gestattet, für die hier vertheidigte Meinung noch einen indirecten Quellenbeweis zu liefern.

Bei der venditionis causa facta aestimatio von Dotalsachen ist die Aestimatio eine venditio, weil nur die Schätzungssumme vom Ehemann geleistet werden darf. Wenn aber in Folge gesetzlicher Bestimmung Letzterem das Wahlrecht zusteht, was er restituiren wolle, so heißt es in den Quellen: aestimatio nulla est [2]), und dies kann, da der Ehemann sich mit der Zahlung des Preises abfinden darf, also jene nicht wir-

1) Vorlesungen § 313.

2) l. 12 pr. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 10 § 6. Dig. eod. l. 7. § 5. Dig.: de donationib. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.).

kungslos ist, nur soviel heißen als: die Aestimation ist in diesem Fall kein Kauf. Ganz das Nämliche tritt auch dann ein, wenn jene Wahlbefugniß in Folge besonderer Abrede dem Ehemann zukommt, und dieser Fall steht mit dem contractus aestimatorius insofern auf einer Linie, als hier wie dort die Aestimatio für den Empfänger nur ein alternatives Restitutionsobject festsetzt: Jenes aestimatio nulla est würde also auch von dem Trödelvertrag gelten, und auch hier nichts Anderes bedeuten als: die Aestimatio an sich macht nicht das Verhältniß zum Kauf.

Wenn sich aus der bisherigen Untersuchung das Resultat herausgestellt hat, daß ein Eigenthumsübergang auf den Trödler nicht sofort stattfindet, so ist die andere Frage nur um so wichtiger, ob und unter welchen Voraussetzungen demselben das periculum casus zur Last fällt. Bevor wir aber zu dem Versuch übergehen, eine Vereinigung der oben mitgetheilten und in sichtlichem Widerspruch stehenden Quellenstellen zu geben, haben wir vor allen Dingen aus der Reihe der Fragmente, die in dieser Beziehung als entscheidend angeführt zu werden pflegen, diejenigen hinauszuweisen, die lediglich wegen einer äußeren Aehnlichkeit in faktischen Verhältnissen hierher bezogen, in der That von dem Fall eines Trödelvertrags gar nicht handeln. Zu diesen gehört zunächst die l. 5 § 3. Dig. Commodati (XIII. 6.). Wenn es zumal früher üblich war, den Ausspruch, den Ulpian an dieser Stelle thut, neben der l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.) für die strenge Haftungspflicht des Trödlers anzuführen, so verleitete dazu die hervorstechende Aehnlichkeit, die bei oberflächlicher Betrachtung zwischen beiden Fragmenten obwaltete, und der Eifer, für die controverse Frage eine neue, und, wie es den Anschein hatte, bedeutungsvolle Quellenstelle aufgefunden zu haben, ließ über alles Andere, sogar darüber hinwegsehen, daß die l. 5 cit. und

die ganz anders lautende l. 17. de praescript. verb. (XIX. 5.) aus ein und demselben Buche Ulpian's ad Edictum entnommen sind. Bei einer richtigen Interpretation der l. 5. erscheint dieser Umstand als völlig gleichgültig, gegen den ihr untergeschobenen Sinn aber hätte allerdings derselbe ein Mißtrauen rege machen sollen. In neurer Zeit ist man meistens bei Beurtheilung des angeführten Fragments von der richtigen Anschauung ausgegangen[1]; welche Bedeutung demselben nach der in ihm erwähnten Aestimatio beizulegen ist, wurde schon oben in genauerer Ausführung dargelegt.

Neben der l. 5 cit. giebt es aber noch eine zweite Stelle, die fortdauernd noch unter den auf die Haftungspflicht des Trödlers bezüglichen aufgeführt zu werden pflegt, in der That aber ebenso wenig dahin gehört. Dies ist die l. 11. Dig. de reb. credit. (XII. 1.). Ulpian behandelt im Allgemeinen den Fall, daß ein Mutuum nicht baar gegeben, sondern eine Sache zum Verkauf überliefert wird mit dem Abkommen, daß der Empfänger den Erlös als Darlehn behalten soll. Bei dieser Gelegenheit entsteht die Frage, wer die Gefahr für das hingegebene Object trägt, wenn dasselbe durch einen unglücklichen Zufall vor dem Verkauf zu Grunde ging. Ulpian unterscheidet hier mit Nerva nach dem Umstand, ob dasselbe dem darleihenden Eigenthümer feil gewesen sei oder nicht. In dem letzteren Fall, also wenn lediglich die Absicht durch ein Darlehn dem Andern auszuhelfen die Veranlassung war, daß er die Sache zum Verkauf hingab, soll der Empfänger den Casus tragen, unter der ersteren Voraussetzung dagegen, daß mit dem Verkauf Jenem selbst gewissermaaßen ein Gefallen geschehen sein würde, trifft ihn der Zufall: quemadmodum si alii dedisset vendendam.

---

1) Vergl. Sintenis a. a. O. § 117. Not. 3. S. 646.

Es ist wohl ersichtlich, daß die Stelle im Allgemeinen ein ganz andres Rechtsverhältniß bespricht, als den Trödelvertrag, und in jedem Fall nur die zuletzt erwähnten Worte eine Beziehung derselben auf ihn rechtfertigen können. Allein auch selbst diese beiläufige Berücksichtigung des contractus aestimatorius läßt sich aus der Ausdrucksweise Ulpian's durchaus nicht mit Sicherheit entnehmen. Der Jurist vergleicht die Lage des darleihenden Eigenthümers einer Sache, die als res venalis hingegeben wird, mit der Stellung Desjenigen, der ohne die Absicht, den Erlös als Mutuum zu überlassen, einem Andern seine Sache zum Verkauf überliefert. So wenig wir berechtigt sind, überall, wo der Eine für den Andern dessen Sachen verkaufen soll, einen Trödelvertrag anzunehmen, so wenig haben wir begründete Veranlassung, dies bei dem angeführten Fragment zu thun. Diejenigen Momente, welche zu der Annahme führen müßten, daß Ulpian einen Trödelvertrag bei jenen Worten im Sinn gehabt habe, besonders die bei dem letzteren unerläßlich nothwendige Aestimatio findet sich in l. 11 cit. mit keiner Sylbe erwähnt. Es kann der Jurist ebensogut an ein Verkaufsmandat gedacht haben, denn auch bei diesem, und hier vor Allem, ist es charakteristisch, daß der die Sache Hingebende ein Interesse bei dem Verkauf derselben gehabt hat, ja es muß sogar hier eine Verweisung auf das Mandat angenommen werden, da nur die für dieses, nicht auch die für den contractus aestimatorius nothwendigen Voraussetzungen erwähnt sind, und wir von Ulpian eine genaue Ausdrucksweise zu erwarten Ursache haben.

Somit bleiben uns als maaßgebend für die Haftungspflicht des Trödlers nur noch die l. 1. Dig. h. t. (XIX. 3.), l. 17. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.) und § 4 Pauli sent. Recept.: de commodato et dep. (II. 4.) übrig,

und es fragt sich nunmehr, wie diese mit einander zu vereinigen sind.

Es ist vielleicht nicht überflüssig, hier zunächst festzustellen, daß hinsichtlich dieses Punktes nicht etwa eine Meinungsverschiedenheit unter den Römischen Juristen selbst stattgefunden hat. Die Juristen, deren Ansichten uns mitgetheilt werden, sind Labeo, Pomponius, Ulpian und Paulus. Die ersteren Beiden kommen nur als Gewährsmänner des Dritten in Betracht, der sich in l. 17. cit. auf ihre Meinung beruft. Mit dem Ausspruch Ulpian's in dieser Stelle steht, nur in der Ausdrucksweise, nicht aber dem Sinn nach abweichend, in vollem Einklang Paulus, die einzig entgegenstehende lib. 1. cit. rührt wieder von Ulpian her. Dieser Umstand, daß nicht mehrere Juristen einander widersprechen, vielmehr sich der Zwiespalt vorzugsweise zwischen zwei Stellen ein und desselben Rechtsgelehrten findet, giebt, zumal da nicht in der einen geradezu das Gegentheil von dem Inhalt der andern behauptet wird, an sich schon die Hoffnung, daß eine Vereinigung der vorhandenen Widersprüche möglich ist. Gewiß haben zunächst also alle Diejenigen Recht, welche annehmen, daß die l. 1. cit. durch l. 17. cit. näher bestimmt werde, andrerseits reicht aber dieses Resultat nicht aus, man darf sich bei der genaueren Erklärung nicht mit Wiederholung der in dem letzteren Fragment unterschiedenen Fälle begnügen, sondern muß vor Allem nach dem Grund derselben und der Abweichung ihres Inhalts von der l. 1. cit. fragen.

Setzen wir den Fall, daß wir ohne irgend eine Quellenunterstützung die Frage, ob der Trödler für das periculum casus hafte, nach den Grundsätzen beurtheilen sollten, die über die Wirkung der Aestimatio oben ausführlich dargelegt worden sind, so würden wir, von einer genaueren Betrachtung der dem Trödelvertrag eigenthümlichen Natur ausgehend, im

Allgemeinen dem Empfänger das periculum casus zuschreiben müssen. Es giebt eine Aestimatio, die, zum Zweck der vorläufigen Werthbestimmung der einzelnen Objecte vorgenommen, die contractsmäßige Haftungspflicht in keiner Weise berührt, eine andere, welche dieselbe bis zur Verbindlichkeit für custodia einzustehen erhöht. Beide Aestimationen, wie sie in selteneren Fällen vorkommen, sind auch entschieden als die Ausnahmen anzusehen, der Hauptzweck, zu welchem eine Aestimatio vor sich geht, also eine Summe bestimmt wird, die an die Stelle der Sache treten soll, ist ersichtlich der, um den Empfänger für jeden Fall zu verpflichten, d. h. ihm das periculum casus zu übertragen. Dies geschieht ebensowohl da, wo die Verbindlichkeit, nur die Summe, nicht auch unter Umständen die Sache zu restituiren, das Verhältniß sofort unter die Form eines Kaufs stellt, in dessen Gefolge Eigenthumsübergang und somit die Gefahr für die eigene Sache eintritt, als auch in den Fällen, wo nur bei dem Untergang des Objects das bestimmte Pretium als Restitutionsobject erscheint. Selbst dann wenn der Eigenthumsübergang, der durch die Aestimatio beabsichtigt wurde, wegen gewisser Umstände nicht eintreten konnte, behält letztere die Wirkung, daß durch sie die Gefahr für den Zufall übertragen bleibt, und andrerseits heben die Römischen Juristen es gewissermmaaßen als Ausnahme hervor, wenn eine Aestimatio ohne diese Wirkung stattgefunden hat[1].

Von dieser Anschauung aus erscheint es als völlig natürlich und gerechtfertigt, wenn zunächst Ulpian in der l. 1 Dig. h. t. sagt:

Aestimatio facit periculum ejus qui suscepit.

Es ist schon mehrfach bemerkt worden, daß der Fall einer Dosbestellung mit Aestimatio, bei der dem Ehemann die

1) l. 52. § 3. Dig. pro socio (XVII. 2.).

Berechtigung zusteht, entweder die Dotalobjecte selbst oder das bestimmte Pretium zu restituiren, mit dem Rechtsverhältniß bei dem Trödelcontract eine ziemlich bedeutende Aehnlichkeit hat. Wie Ulpian nun unter den angegebenen Voraussetzungen von dem Ehemann in l. 10. Dig.: de jure dot. (XXIII. 3.) am Ende sagt:

> Sed si res non exstet, aestimationem omnimodo maritus praestabit,

ebenso mußte er prinzipiell im Allgemeinen die Verantwortlichkeit für das periculum casus auch hier als Folge der Aestimatio anerkennen.

Allein so gerechtfertigt nun auch der eine Ausspruch des Juristen erscheint, so nothwendig wurde für die in ihm enthaltene Regel eine Modification durch die Natur der Aestimatio beim contractus aestimatorius herbeigeführt. Es ist ein häufiger Irrthum gewesen, daß man bei diesem Rechtsgeschäft angenommen hat, die Aestimatio geschehe zu gleicher Zeit venditionis und taxationis causa, allein etwas Wahres ist in dieser Behauptung allerdings enthalten. Wenn eine Sache hingegeben und die Aestimatio deßhalb vorgenommen wird, um zu bestimmen, wie viel der Empfänger anstatt des empfangenen Objects zu restituiren habe, so hat die Abschätzung nur den einen Zweck, den Preis zu bestimmen, den der Tradent für die Sache verlangt; wird aber eine res aestimata zum Weiterverkauf überliefert, so liegt der Aestimatio noch die weitere Absicht zu Grunde, dem Uebernehmer einen Maaßstab zu geben, für wieviel er die Sache an einen Dritten verkaufen soll. Beide Zwecke der Aestimatio sind beim Trödelvertrag untrennbar vereinigt, denn der Herr verlangt von dem Trödler eben die Summe, für welche er die Sache an irgend einen Dritten zu veräußern geneigt ist, und will sie dem Letzteren nicht für weniger überlassen, als er von dem Ersteren

verlangt. Daß aber dennoch die Bestimmung des Pretii in der Absicht, den Kaufpreis für einen Dritten anzugeben, eine andere ist als die, welche geschieht, um festzusetzen, was der Empfänger der Sache für dieselbe zu leisten habe, zeigt sich, wenn wir diejenigen Rechtsgeschäfte vergleichungsweise in Betracht ziehen, bei denen die Abschätzung nur zu dem einen oder dem andern Zweck geschieht. Bei dem Mandat kommt die Preisbestimmung nur in der ersteren, bei dem Kauf dieselbe nur in der letzteren Absicht vor. Ja, es läßt sich sogar bei dem Trödelcontract ein Fall denken, wo die regelmäßige Vereinigung jener verschiedenen Zwecke der Aestimation nicht eine völlige Verschmelzung derselben zur Folge hat, sondern beide gesondert hervortreten. Wenn der Eigenthümer zufolge irgend eines andern Umstandes ein Interesse dabei hat, daß die zum Vertrödeln hingegebene Sache nicht unter einem gewissen Preise verkauft werde, und deßhalb mit dem Empfänger ausmacht, daß dieser (ungeachtet dieser für das Mehr bis zum Belauf der Aestimatio auch außerdem verpflichtet wäre) nicht billiger verkaufen dürfe, so ist auch hier keine andere Aestimatio vorhanden als bei jedem andern contractus aestimatorius, und doch hat dieselbe hier ganz offenbar einen doppelten und in sich wesentlich verschiedenen Zweck.

Ist es aber einmal als ausgemacht anzusehen, daß bei dem Trödelvertrag die Aestimatio noch aus einem andern Grunde vorgenommen wird, als um festzusetzen, wie viel der Empfänger der Sache selbst statt ihrer zu prästiren habe, so muß auch die Regel, daß der Empfänger einer res aestimata das periculum casus trage, die sich eben daraus ergiebt, daß die Aestimatio als Preisbestimmung für ihn auftritt, eine nothwendige Modification insoweit erleiden, als der andere Zweck der Aestimatio auf das im concreten Fall abgeschloßne Rechtsgeschäft einen Einfluß erlangt. Die Preisbestimmung, welche

geschieht, um das Kaufpretium für den Dritten anzugeben, findet sich, wie schon bemerkt wurde, bei dem Mandat, sie überträgt die Gefahr auf den Empfänger nicht; die Aestimatio zu dem Zweck, um dem Letzteren anzugeben, wieviel er zahlen solle, hat völlig die Wirkung eines Kaufpreises, wie sie ja auch das ganze Verhältniß eventuell unter die Form eines Verkaufes stellt. Um nun in einer allgemeinen Regel anzugeben, wann die eine und wann die andere Absicht bei der im concreten Fall vorliegenden Aestimatio als überwiegend anzusehen sei, war es das zweckmäßigste Auskunftsmittel, zwischen den Fällen zu unterscheiden, wo die faktischen Umstände mehr auf ein Mandat und wo sie mehr auf einen Verkauf hinwiesen, und dies geschieht nun von Ulpian in der l. 17. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.) in folgender Weise: Wenn ich, sagt der Jurist, dich um den Verkauf meiner Sache gebeten habe, so trage ich die Gefahr. Das ist der Fall, wo die Aestimation, wenn auch nicht ausschließlich (denn dann wäre ein Trödelcontract nicht mehr vorhanden), doch vorzugsweise, wie bei dem Mandat zu dem Zweck vorgenommen wird, um dem Empfänger der Sache anzugeben, wie theuer er verkaufen soll.

Wenn dagegen, heißt es weiter, du mich um die Erlaubniß, meine Sache zu veräußern, gebeten hast, so fällt dir das periculum casus zu. Dies ist der Fall, wo die Aestimation ebenfalls nicht ausschließlich, aber ebenfalls vorzugsweise den Preis bestimmt, den der Trödler für dieselbe zu zahlen hat.

Endlich, wird aber noch von Ulpian bemerkt, kann der Fall vorkommen, daß Keiner den Andern zuerst angegangen hat; hier soll der Empfänger nur für dolus und culpa einzustehen haben.

Wir haben gesehen, daß die ersten beiden Fälle nach Analogie des Mandats und des Kaufs beurtheilt wurden, es fragt

sich, nach welchem Contract Ulpian die Haftungspflicht in dem letzteren Fall bestimmte? Wenn ohne daß die erste Proposition von Einem speziell herrührte, ein gleichmäßig von beiden Seiten gewünschtes Uebereinkommen über den Verkauf der dem Einem gehörigen Sache durch den Andern mit der sich von selbst verstehenden Befugniß des Letzteren, den Mehrerlös für sich zu behalten, abgeschlossen worden ist, so stand unter allen verwandten Verträgen das Rechtsverhältniß der Societät am Nächsten, und es dürfte keine zu gewagte Hypothese sein, die Verpflichtung des Trödlers wegen dolus und culpa für analog der Verantwortlichkeit des Socius zu halten [1]).

Dieselben Unterscheidungen, die in der l. 17. cit. vorkommen, werden dem Sinn nach in völlig gleicher Weise von Paulus in § 4. S. R. de commodat. et deposito (II. 4.) gemacht. Die ganze Abweichung, die hinsichtlich des Wortausdrucks bei demselben vorkommt, besteht darin, daß er den dem Verkauf analogen Fall nicht mit: si tu me rogasti, sondern durch den Satz: si tu de vendenda promisisti ausdrückt. Es bedarf keines Beweises, daß hierin eine wesentliche Verschiedenheit nicht liegt.

Die hier versuchte Vereinigung der angeführten Quellenstellen soll keinen Anspruch darauf machen, eine völlig neue zu sein. Schon der Glossator Johannes hat gelehrt, daß bei dem Trödelcontract die Aestimatio in der doppelten Absicht geschehe, um für den Empfänger das Restitutionsobject festzusetzen und um zu bestimmen, für wieviel die Sache weiter zu verkaufen sei. Allein diese an sich gewiß maaßgebende Grundansicht ist von ihm weder richtig dargestellt, noch mit den Quellen in einen entsprechenden Zusammenhang gebracht

---

1) l. 52. § 3. l. 72. Dig. pro socio (XVII. 2.).

worden. Die l. 1. cit. giebt das über die Haftungspflicht in Folge der Aestimatio geltende Prinzip, die l. 17. cit. enthält dessen genauere Ausführung für den Fall des Trödelcontracts, und nur hier darf und muß jene Unterscheidung in Betracht gezogen werden.

VI. Ueber das Verhältniß des contractus aestimatorius zu andern Rechtsgeschäften.

An die Spitze dieses Capitels ist die l. 1. pr. Dig. h. t. (XIX. 3.) zu setzen, deren Erklärung zum größten Theil den Gegenstand der nachfolgenden Darstellung ausmacht:

> Ulpianus libro XXII. ad Edictum: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim ingens dubitatio, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati?

Ulpian nennt hier vier verschiedene Klagen, von denen jede theilweise, keine aber vollständig zur Realisirung der aus dem Trödelvertrag entspringenden Ansprüche qualifizirt war. In der l. 13. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.) wird neben der mandati auch noch die pro socio actio verworfen, es kommt mithin diese Klage als fünfte zu den schon genannten noch hinzu. Daß in dem Fall: cum res aestimata vendenda datur überhaupt ein Zweifel hinsichtlich des für denselben geeigneten Rechtsmittels entstehen konnte, ist an sich völlig erklärlich, fast unbegreiflich dagegen wäre es, wenn die Römischen Juristen in jedem einzelnen concreten Fall, unter den nämlichen faktischen Voraussetzungen zwischen jenen auf

ganz verschiedenen Prämissen basirenden Klagen geschwankt hätten. In der That aber ist dies gewiß niemals der Fall gewesen, der Zweifel, zu dessen Lösung die aestimatoria actio eingeführt wurde, trat, mindestens nicht in seinem vollen Umfang, nicht bei dem einzelnen Vertrag hervor, vielmehr bestand er darin, daß unter gewissen Verhältnissen die eine, unter andern eine andere der angeführten Klagen, wenn auch nicht völlig geeignet, doch vor den übrigen anwendbar erschien. Zwei Momente machten also eine Abhülfe nothwendig: erstens qualifizirte sich keins der vorhandenen Rechtsmittel in irgend einem concreten Fall vollständig, zweitens war das einmal zunächst passende ein andermal am wenigsten zulässig.

Es sollen nunmehr die von Ulpian angegebenen Klagen in ihrem Verhältniß zu der aestimatoria actio einzeln dargestellt werden; eine Vergleichung der ihnen zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte mit dem Trödelvertrag ist nur da ausdrücklich nothwendig, wo, wie bei dem Commissionshandel, dieselben einen dem Römischen Recht fremden Charakter angenommen haben.

1) Der Grund, weßhalb die actio venditi vor Allem in Betracht gezogen wurde, findet sich in der l. 1 cit. durch den Zusatz: propter aestimationem angegeben. Daß die Aestimatio unter Umständen geeignet war, die Verkaufsklage eintreten zu lassen, ist schon hinlänglich genau ausgeführt worden, und ebenso kann ich mich auf die oben gegebene Darstellung für die Behauptung ihrer Unzulässigkeit berufen. Nur ein Punkt bedarf an dieser Stelle noch einer genaueren Erörterung. Das Moment, welches den Trödelvertrag von dem Kauf prinzipiell scheidet, ist die in dem Wesen des ersteren liegende Möglichkeit, daß die zum Verkauf hingegebene Sache selbst restituirt wird. Diese Berechtigung des Trödlers in die Form einer conditio zu fassen, und auf diese Weise einen Kauf unter einer

Suspensivbedingung anzunehmen, war für die Römer deßhalb unmöglich, weil die Bedingung: si velit die Existenz des Rechtsgeschäfts völlig ausschloß [1]. Nun aber haben wir nicht bloß in unserm heutigen Recht einen Kauf auf Besicht, sondern auch schon in unsern Quellen wird ein Kauf ad gustum, und mit der Nebenbestimmung si placuerit, si displicuerit zugelassen, und es fragt sich nach dem Verhältniß, in welchem dieser zu dem contractus aestimatorius steht.

Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, ungeachtet die Quellen einen Kauf auf Besicht kennen, dennoch beim Trödelvertrag die emti venditi actio um Nichts weniger unzulässig erscheinen mußte. Einerseits würde ihrer Anwendung im Wege gestanden haben, daß selbst bei dem unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Kauf auf Displicenz die Kaufklage nicht zugelassen werden konnte, bevor die Bedingung sich erfüllt hat [2], sodann, und dies ist hier für uns besonders wichtig, ließ sich auch die alternative Berechtigung des Trödlers, die Sache zu behalten oder zurückzugeben, nicht durch den Zusatz: si placuerit ausdrücken. Bei dem Kauf auf Besicht hängt die Realisirung von dem Gefallen an der Waare insofern ab, als der Käufer bei sich erwägt, ob dieselbe ihm zu seinem eigenen Gebrauch, oder auch, wie es bei dem Kaufmann die Regel ist, zum Zweck des calculirten Weiterverkaufs convenirt; bei dem Trödler kommt es regelmäßig auf den von der Qualität der Waare völlig unabhängigen Umstand an, ob er eine passende Gelegenheit zum Weiterverkauf findet. Dem Kaufmann g e f ä l l t die Waare und das

---

1) l. 7 pr. Dig. de contrahend. emt. (XVIII. 1.) c. 13. Cod. eod. (IV. 38.).

2) l. 20 pr. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.), l. 6. Dig. de rescind. vend. (XVIII. 5.).

Geschäft, wenn er nach den faktischen Umständen den beabsichtigten Weiterverkauf mit Vortheil möglich machen zu können glaubt, bei dem Trödler ist, sobald er nicht ausnahmsweise die Sache für sich selbst behalten will, das Gefallen irrelevant, bei ihm erfolgt die Entscheidung für die Zahlung der Aestimationssumme erst in dem Augenblick, wenn er das Object weiter veräußert.

Das Nämliche, und zwar noch in höherem Grade, gilt von der emtio ad gustum.

Es wird sich nicht leicht Gelegenheit bieten, den schon in der äußeren Gestaltung verschiedenen Trödelvertrag mit dem Kauf auf Besicht zu verwechseln, in jedem Fall ist der materielle Unterschied zwischen beiden folgender:

Wurde ein Kauf auf Besicht, bei dem es niemals charakteristisch ist, daß der Käufer die Sache zum Weiterverkauf erhält und von dessen Gelingen die Wirksamkeit der Veräußerung an den Empfänger abhängig gemacht wird, abgeschlossen, so haftet, wenn dies unter einer Suspensivbedingung geschieht, der Kauflustige für custodia und culpa levis [1]), während der Trödler gerade in einem dem Verkauf ähnlichen Fall die Gefahr des Zufalls tragen muß. Wurde das Geschäft unter eine Resolutivbedingung gestellt, so ist bis zu deren Eintritt ein unbedingter Verkauf vorhanden, wohingegen umgekehrt bei dem contractus aestimatorius das Rechtsverhältniß lediglich so qualificirt ist, daß es später den Charakter eines Kaufs annehmen kann [2]).

Weiter ist aber auch die Möglichkeit, das Kaufobject selbst

1) l. 17 § 4., l. 20 § 2. Dig. de praescript. verb. (XIX. 5.).

2) Von der Bestimmung eines dies bei dem Kauf auf placere oder displicere scheinen die neuern Gesetzgebungen auch für den Trödelvertrag das Requisit hergenommen zu haben, daß ein Termin festgesetzt werden muß, bis zu welchem der Trödler sich zu erklären hat.

zu restituiren, für den Käufer herbeizuführen durch ein pactum de retroemendo. Bei der entschiedenen Geltung, welche dieses Uebereinkommen in unserm heutigen Recht genießt, ist es für uns an dieser Stelle gleichgültig, in wie weit dasselbe den Römern bekannt gewesen ist, die nachfolgende Unterscheidung wird zeigen, daß die Römischen Juristen, auch wenn es üblich gewesen wäre, doch den Trödelvertrag nicht als Verkauf mit einem derartigen Nebenpactum angesehen haben würden.

Es soll kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß bei einem Verkauf der Tradent an den Empfänger selbst, bei dem Trödelvertrag dagegen an einen Dritten veräußern will. Diese Verschiedenheit ist ohne materielle Bedeutung, und existirt nicht in gleicher Weise wie hinsichtlich der Willensmeinung des Tradenten, so auch für die Absicht des Empfängers der Sache. Einerseits darf die letztere der Trödler ebenfalls für sich behalten, andrerseits kann auch ein Kauf lediglich zum Zweck des Wiederverkaufs vor sich gehen. Wenn ein Detaillist Waaren von einem Großhändler entnimmt, so zweifelt Niemand daran, daß dies zugleich ein Kauf zu sein, und doch nur zum Zweck des weiteren Vertriebs zu geschehen pflegt. Geradezu irrig ist es ferner, den Umstand als maaßgebend zu betrachten, ob die Schätzungssumme sogleich bei Eingehung des Vertrags gezahlt worden ist oder nicht, im ersteren Fall einen Kauf mit pactum de retroemendo, in letzterem einen Trödelvertrag anzunehmen. Wurde die Aestimatio sogleich gezahlt, so ist, sofern in der Hingabe der Geldsumme nicht etwa bloß eine Cautionsleistung enthalten ist, allerdings kein contractus aestimatorius vorhanden, denn die für denselben charakteristische Verpflichtung des Trödlers, nach versuchtem Weiterverkauf entweder die Sache oder das Pretium zu restituiren, kommt durch die sofortige Zahlung in Wegfall. Allein umgekehrt kann dennoch ein Kauf vorliegen, wenn auch der für

die Sache bestimmte Preis bei Uebergabe derselben weder unmittelbar geleistet, noch ausdrücklich creditirt worden ist.

Das richtige Verhältniß zwischen dem contractus aestimatorius und dem Kauf mit dem angeführten Nebenvertrag ist folgendes: Bei dem letzteren Geschäft ist einmal ein in allen seinen Wirkungen sofort perfecter Kauf vorhanden, und sodann nebenbei eine Forderung auf Abschließung eines neuen den früheren wieder aufhebenden Kaufcontracts begründet. Es liegt also gleich von Anfang an der formelle Unterschied zu Tage, daß hier nicht wie beim Trödelvertrag ein einziges, sondern zwei Uebereinkommen eingegangen werden; zweitens aber hebt, wenn auch jenes pactum adjectum die Eigenthümlichkeit hat, daß durch dasselbe neben dem Kauf für den Käufer die nämliche Berechtigung herbeigeführt wird wie für den Trödler, diese Zufälligkeit doch auch die materielle Verschiedenheit nicht auf, daß beim contractus aestimatorius gerade im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, die eine Verkaufsnatur unter einer Resolutivbedingung haben, von Anfang herein an einen Verkauf nicht gedacht werden kann.

2) Es ist schon oben bemerkt worden, daß die Römischen Juristen, als die Aestimatio sich für Production der actio venditi ungeeignet erwies, aus der dem Trödler zugemutheten Thätigkeit eine Klage für das Rechtsverhältniß zu entnehmen versuchten. Zunächst war es hier der Gesichtspunkt der Miethe, unter welchen man dasselbe brachte, und zwar konnte man an eine locatio ebenso gut denken, wie an eine conductio. Wer die res aestimata vendenda hingiebt, vermiethet dieselbe zu dem Zweck, damit sie weiter verkauft werde. Allein dieser Auffassung standen folgende erhebliche Momente im Wege. Das Miethverhältniß geht auf Ueberlassung einer Sache zur Benutzung für einen bestimmten Preis und Restitution derselben nach beendigtem Gebrauch, beim Trödelvertrag ist die Ab-

sicht der Partheien auf Veräußerung der Sache gerichtet, die Restitution derselben ist zwar möglich, aber sie tritt eben nur dann ein, wenn der eigentliche Zweck nicht erreicht wird. Das regelmäßige Resultat des Contracts würde also die actio locati ausschließen, und gewiß haben auch die Römischen Juristen viel weniger bei Leistung des Pretii, als dann an dieselbe gedacht, wenn die Sache selbst zurückgegeben, und eben dadurch die venditi actio ausgeschlossen wurde.

Außerdem aber mangelte es beim Trödelvertrag zur Annahme der Miethklage noch an einem andern wesentlichen Requisit der letzteren. Bekanntlich muß bei der Miethe ebenso wie beim Kauf ein festes Entgeld für die Ueberlassung der Sache bestimmt worden sein [1]). Die Aestimatio konnte als ein Kaufpretium, nicht aber als ein Miethpreis angesehen werden. Erfolgte die Leistung der Aestimationssumme wirklich, so lag hierin deßhalb nicht die Zahlung des Miethpreises, weil jene für Ueberlassung der Sache selbst, nicht für den Gebrauch an derselben geschah; wurde das Object zurückgegeben, also in dem Fall, der sich nach dem Vorigen noch am Besten zur Annahme eines Miethverhältnisses qualifizirte, so war von einem Pretium überhaupt gar nicht die Rede.

Dem ersten Uebelstand, daß der Zweck des Trödelvertrags dem Wesen der Vermiethung widersprach, konnte man dadurch entgehen, daß man das Rechtsgeschäft nicht als eine Vermiethung der Sache zum Zweck ihres Verkaufs, sondern als eine Conductio der Thätigkeit des Trödlers betrachtete. In wie weit erfüllte sich aber hier das Requisit der merces? Wir haben es als ein charakteristisches Merkmal des Trödelvertrags bezeichnet, daß der Empfänger der Sache den die Aestimatio

1) pr. § 1. J. de locatione et cond. (III. 24.), l. 25 pr., l. 46. Dig. locati (XIX. 2.).

übersteigenden Erlös aus dem Weiterverkauf für sich behalten darf, und es liegt der Gedanke nicht fern, diesen Gewinn des Trödlers, wie er als eine Entschädigung für die aufgewendete Mühe erscheint, so direct als einen Dienstlohn anzusehen. Allein einmal ist dies schon deßhalb unmöglich, weil bei der Locatio die merces eine certa, also von Anfang an fest bestimmt sein muß, zweitens würde, hiervon abgesehen, der Trödelvertrag in keinem Fall als Dienstmiethe haben erscheinen können, wo entweder der Verkauf der Sache an den Dritten gar nicht, oder nur für den ästimirten Preis erfolgte.

Wenn aber der Mangel an einem festen Lohn als dasjenige Moment angeführt wird, welches bei dem contractus aestimatorius die Annahme einer Dienstmiethe unmöglich macht, so erhebt sich ein Bedenken durch die l. 2. Dig. h. t. (XIX. 3.), wo Paulus von der aestimatoria actio sagt:

Haec actio utilis est, et si merces intervenit.

In diesem Ausspruch wird ein Lohn als zulässig bei dem Trödelvertrag vorausgesetzt, und es gewinnt somit den Anschein, als ob zwischen beiden Rechtsverhältnissen ein anderes unterscheidendes Merkmal aufzustellen sei, oder beide unter gewissen Umständen mit einander identificirt werden müßten. In der That aber ist das Eine so wenig nothwendig als das Andere. Zunächst kann die angeführte Stelle darüber keinen Zweifel herbeiführen, daß die Unentgeltlichkeit der Bemühung, welcher sich der Trödler unterzieht, vorzugsweise die Römischen Juristen abhielt, das durch Uebergabe einer res aestimata vendenda abgeschlossene Uebereinkommen unter den Gesichtspunkt der Miethe zu bringen. Es wird in der l. 2 cit. die Klage auf den bedungenen Lohn nur utiliter zugelassen, und hiermit hinlänglich bewiesen, daß dieser Fall einerseits die Ausnahme, nicht die Regel, andrerseits für ihn die Klage nicht gegeben, sondern nur auf ihn ausgedehnt war. Allein weiter

war auch bei den Römern nach Einführung des in der l. 2 cit. ausgesprochnen Rechtssatzes, und ist in unserm heutigen Recht der Trödelvertrag mit merces der Dienstmiethe ebensowenig gleichzustellen, als jede für eine Dienstleistung festgesetzte Vergütung den Charakter eines Dienstlohns an sich trägt. Bei dem contractus aestimatorius wird eine merces als Remuneration für die Bemühung meist nur unter der Voraussetzung versprochen, daß der Weiterverkauf wirklich zu Stande kommt, so daß dieselbe viel eher mit einem Proxeneticum, als mit einem Miethpreise auf einer Linie steht. Selbst wenn sich aber der Trödler ohne Rücksicht auf das Resultat seiner Bemühungen ein bestimmtes Entgeld ausmacht, ist so lange keine Dienstmiethe vorhanden, als der Trödler einerseits sich von dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft durch Restitution der Sache ohne Weiteres losmachen kann, andrerseits nach der Veräußerung an einen Dritten unbedingt für die Aestimationssumme verhaftet bleibt, und hiermit die Gefahr für die Negotiation trägt.

3) Wenn die Subsumtion des Trödelvertrags unter den Begriff der Miethe dadurch ausgeschlossen wurde, daß bei jenem eine merces in keinem Fall in Gestalt eines Dienstlohns vorkommen konnte, so lag es am Nächsten, sich zur weiteren Auskunft an das Mandat, als an dasjenige Rechtsverhältniß zu wenden, bei welchem die Gratuität charakteristisch ist. In der That erscheinen auch die faktischen Umstände bei dem contractus aestimatorius zur Rechtfertigung der Annahme eines Verkaufsauftrags zumal dann sehr geeignet, wenn der Tradent der Sache, deren Weiterveräußerung wünschend, den Anstoß zu dem Geschäft gegeben hat. Die Römer selbst haben, wie oben gezeigt worden ist, die Analogie des Mandats bei der Entscheidung einzelner Fragen aus dem Trödelvertrag niemals gänzlich verworfen, neuere Gesetzgebungen irriger Weise

den letzteren sogar mit dem Verkaufsmandat identificirt, es ist mithin gerade hier die Untersuchung, weßhalb die mandati actio dennoch für unzulässig gehalten worden ist, und worin der Unterschied zwischen den beiden so nahe verwandten Rechtsinstituten besteht, von besonderem Interesse.

Wie es sich manche der früheren Schriftsteller im Allgemeinen angelegen sein ließen, das Verhältniß des Trödelcontracts zu andern Verträgen zu erörtern, so finden wir auch häufig von ihnen den Unterschied besonders hervorgehoben, der zwischen dem contractus aestimatorius und dem Mandat obwaltet. Allein meistens sind die unterscheidenden Merkmale, welche sie angeben, von den schon gerügten Irrthümern über Eigenthumsübergang und Haftung des Trödlers hergenommen, zuweilen beziehen sich dieselben, an sich zwar richtig, doch nur auf äußerliche Umstände, niemals betreffen sie das eigentliche Wesen und die innere Natur der mit einander verglichnen Rechtsverhältnisse. So sagt Lauterbach[1]), der Trödelvertrag sei deßhalb kein Mandat, weil der Trödler sofort Eigenthümer werde, Cocceji[2]) führt an, daß das Mandat durch den Consens, der Trödelvertrag erst durch Uebergabe der Sache perfekt werde, bei letzterem, nicht auch bei ersterem, ein Lohn möglich und üblich sei, die Mandatsklage infamire, und der Mandatar für levissima culpa einstehen müsse, während der Trödler durch die Klage nicht infam werde, und nur für dolus und culpa levis hafte. Es ist wohl kaum möglich, die Verschiedenheit des Mandats unpraktischer und ungründlicher darzustellen. Auf einem ungleich höheren Standpunkt steht J. H. Böhmer[3]), indem er den Unterschied aus der Natur

1) Collegium Theoretico-Practic. ad XIX. 3. XIV.
2) Jus civile controvers. ad XIX. 3. Qu. V.
3) Dissert. cit. § XIII.

der Aestimatio herleiten will, die bei dem contractus aestimatorius venditionis causa, bei dem Mandat dagegen nur zu dem Endzweck geschehe, um dem Mandatar anzugeben, für wieviel er verkaufen solle. Daß der erstere Theil dieser Behauptung wohl auf einem Irrthum beruht, wurde schon oben dargelegt, allein gewiß ist deßhalb der tiefere Blick nicht zu verkennen, den Böhmer in die Natur der vorliegenden Rechtsverhältnisse gethan hat.

Nach den im Laufe dieser Abhandlung gewonnenen Resultaten läßt sich das Verhältniß des Trödelvertrags zu dem Mandat in folgender Weise angeben:

Es ist zweifellos, daß, sobald eine Sache zum Verkauf übergeben wird, der Tradent von dem Empfänger eine gewisse Thätigkeit erwartet, durch welche die weitere Veräußerung herbeigeführt, also die dem Vertrag zu Grunde liegende Absicht realisirt werden soll. Eine Gleichmäßigkeit der Verhältnisse bei dem contractus aestimatorius und dem Mandat ist mithin nicht bloß rücksichtlich der rein äußerlichen, faktischen Umstände, sondern auch hinsichtlich der nächsten Intention der Partheien allerdings vorhanden, und es ist diesem Moment insbesondere zuzuschreiben, wenn die Römer den Versuch machten, die mandati actio zur Anwendung zu bringen. Die Gratuität des Mandats erschien dabei um so förderlicher, als die Miethklage eben wegen des Mangels an einer merces zurückgewiesen werden mußte, und die Unentgeltlichkeit der aufgetragnen Geschäftsführung als Unterschied des Mandats von dem Trödelvertrag, bei dem eine merces vorzukommen pflege, anzugeben, wie es Cocceji thut, ist deßhalb völlig verwerflich, weil auch bei dem Mandat später ebenso gut ein Salarium vorkam, als bei dem contractus aestimatorius.

Dagegen mußten sich aber gegen die Auffassung des letzteren als eines reinen Auftrags, sobald man von einer ober-

flächlichen Anschauung zu einer genaueren Vergleichung überging, die entscheidendsten Bedenken erheben. Die Thätigkeit, welche der eine Contrahent versprochen hat, und die ebendeßhalb der andere von ihm fordert, machen den ganzen Inhalt des Vertrags aus, der Mandatar ist zur Erfüllung des übernommenen Auftrags, soweit es in seiner Macht steht, unbedingt, darüber hinaus aber, wenn er sich nicht etwas Besonderes zu Schulden kommen ließ, zu gar Nichts verpflichtet. Er führt ein fremdes Geschäft, nur die Art und Weise, wie er handelt, macht ihn verbindlich und berechtigt, das Geschäft selbst geht ihn in seinen Resultaten Nichts an, die günstigen und ungünstigen Wirkungen desselben treffen nur den Mandanten, dem jeder Gewinn ausgeliefert wird, und jeder Schaden zur Last fällt. Ganz anders aber ist das Verhältniß bei dem Trödler. Die Geschäftsthätigkeit, die der Tradent der zu verkaufenden Sache allerdings auch von ihm erwartet, giebt deßhalb nicht den Inhalt seiner Verpflichtung, weil letztere darüber hinaus darauf geht, daß er in jedem Fall entweder die Sache oder die Schätzungssumme, die durch die Aestimatio ihm selbst als Leistungsobject bestimmt worden ist, restituiren muß. Der Trödler kann sich von seiuer contractsmäßigen Haftung selbst durch den gewissenhaftesten Weiterverkauf, also durch Leistung der Geschäftsthätigkeit, nicht befreien, und ebendeßhalb handelt er, wenn er die Negotiation vornimmt, für sich, er führt sein eigenes, nicht ein fremdes Geschäft. Hieraus ergeben sich die weiteren Consequenzen, daß ihm einerseits die Gefahr zur Last fällt, (auch wenn er von seinem Käufer nicht befriedigt wird, muß er dennoch das ausgemachte Pretium zahlen), andrerseits er den Gewinn beanspruchen darf, d. h. den Erlös, soweit derselbe die Aestimationssumme übersteigt, nicht zu restituiren braucht. Endlich kann er dem Wesen seiner Verbindlichkeit nach nicht einmal zu dem Weiterverkauf, ob-

gleich derselbe in der Absicht der Partheien lag, rechtlich angehalten werden, einmal weil er nur alternativ zur Restitution der Sache oder der Schätzungssumme, durchaus aber nicht zur Entwickelung einer Geschäftsthätigkeit verpflichtet ist, zweitens weil dem Wesen des Contracts zufolge ihm nicht zugemuthet werden kann, einen Vertrag abzuschließen, der auf sein Risico gehen würde.

Diese wesentlichen Verschiedenheiten mußten schon den Römern die mandati actio bei dem Trödelvertrag unzulässig erscheinen lassen, und trennen auch in unserm heutigen Recht denselben mit scharfer Begränzung von dem Mandat ab.

Nicht zu übergehen ist aber an dieser Stelle das Verhältniß, in welchem zu dem contractus aestimatorius der in unserm Verkehr so häufige und eben deßhalb praktisch wichtige Commissionshandel steht. Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, die rechtliche Natur dieses Rechtsgeschäfts ausführlich zu erörtern, gegenüber einer nur vereinzelt dastehenden Opposition darf es als allgemein anerkannt vorausgesetzt werden, daß dasselbe nach den Grundsätzen des Mandats zu beurtheilen ist [1]. So wenig aber auch ein Zweifel gegen die Richtigkeit dieser Analogie berechtigt wäre, so läßt es sich doch nicht läugnen, daß zwei Momente, die früher wenigstens für das Mandat charakteristisch waren: das Moment der uneigennützigen Dienstfertigkeit und der damit eng verbundenen Gratuität, bei dem Commissionshandel völlig in den Hintergrund treten, und eben hierdurch eine größere Annäherung des letzteren an den Trödelvertrag herbeigeführt wird. Der Trödler steht dem Commissionär näher als dem Mandatar, einmal wegen des Gewinns, den die beiden Ersteren aus ihren Geschäften zu ziehen

1) Treitschke: Commissionshandel § 1. Wilda in Weiske's Rechtslexicon Artikel: Commissionshandel Bd. II. S. 711.

pflegen, und zweitens weil eben in Folge des Umstandes, daß der Commissionär für seine Bemühung eine Provision erhält, der Commissionshandel ebenso wie das Trödelgeschäft gewerbsmäßig betrieben wird. Nichtsdestoweniger bleibt aber auch hier das unterscheidende Merkmal bestehen, daß der Trödler durch den Weiterverkauf sein eignes, der Commissionär ein fremdes Geschäft führt. Daß sich gewöhnlich die Größe der dem Letzteren ausgesetzten Belohnung nach der Höhe des erlangten Preises richtet, und er somit gewissermaaßen an dem in dem Preis mit enthaltenen Gewinn participirt, kann an diesem Verhältniß Nichts ändern, da er immerhin nicht das Lucrum aus dem Geschäft zieht, sondern nur ein verhältnißmäßiges Salar für seine Dienstleistung erhält.

Eine hauptsächliche Consequenz dieser wesentlich verschiedenen Stellung des Commissionärs ist die, daß, während der Trödler nach dem Weiterverkauf jedenfalls für die Aestimationssumme haftet, der Commissionär nicht die Gefahr für das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft trägt, sondern nur die eingegangene Zahlung an seinen Committenten abzuliefern hat [1]. Eben hinsichtlich dieser Berechtigung, mit der Erstattung des Empfangenen sich befreien zu dürfen, tritt aber eine Veränderung ein durch die im Verkehrsleben sehr häufige Garantie, welche der Commissionär für das richtige Eingehen der Zahlung von Seiten Desjenigen, an den er verkauft hat, übernimmt: durch das sogenannte del credere Stehen. Zufolge dieses Uebereinkommens wird für Gewährung einer höheren Provision der Commissionär Schuldner des Committenten, Letzterer kann sich mindestens bei eintretender Insolvenz des

1) Die Regel, daß der Commissionär ohne besondere Erlaubniß nur gegen Baarzahlung verkaufen soll, verliert durch den andern Grundsatz, daß er den usancemäßigen Credit ohne Weiteres gewähren darf, zum großen Theil ihre Bedeutung.

andern Contrahenten, mit dem abgeschlossen worden ist, subsidiär an Jenen halten. Hierdurch wird allerdings in einer Beziehung das Commissionsgeschäft dem ästimatorischen Vertrag in seinen Wirkungen gleichgestellt, und man ist in den, neuerdings auch von Treitschke[1]) gerügten Irrthum verfallen, dem Commissionsgeschäft mit del credere Stehen die Natur des Trödelcontracts im Allgemeinen beizulegen[2]). Wie irrig dies ist, ergiebt sich aus der ganzen bisherigen Betrachtung, aus welcher wir ersehen haben, daß jene Verschiedenheit hinsichtlich des periculum negotiationis nicht die einzige ist, die zwischen beiden Rechtsverhältnissen obwaltet, ja sogar eigentlich nur als Consequenz aus dem ursprünglichen Unterschied, daß der Commissionär fremde, der Trödler eigene Geschäfte führt, angesehen werden darf. Um eine Gleichstellung beider Rechtsinstitute anzunehmen, müßte mit dem Commissionsgeschäft eine solche Veränderung vorgehen, daß der Commissionär aufhörte, als Mandatar beurtheilt zu werden; daraus würde dann z. B. sich die anderweitige Folge ergeben, daß der über das Limito erlangte Preis auch dem Committenten nicht erstattet zu werden brauche. In der That ist dies aber durchaus nicht der Fall, der Commissionär gilt auch dann, wenn er del credere steht, als Geschäftsführer, das hinzugefügte Uebereinkommen ist nur eine Art Assecuranz, für welche auch eine besondere Gefahrprämie gezahlt wird, es modificirt in einer Beziehung die Wirkung des Hauptgeschäfts, läßt aber dasselbe in seiner eigentlichen Natur völlig unverändert.

Schließlich ist noch eine Bemerkung hinzuzufügen. Man pflegt häufig auch dann von einem Commissionsgeschäft zu

1) Commissionshandel S. 29.
2) Riccius: Dissert. cit. § 12. p. 31.

sprechen, wenn eine Waare zum Verkauf übersendet, und dabei ein Limitopreis angesetzt wird, der insofern zugleich als Minimum und Maximum gelten soll, als der Tradent eben nur so viel, als angegeben, nicht mehr und nicht weniger für das Object haben will. Daß in diesem Fall, wo der Empfänger beliebig theurer verkaufen und den Mehrerlös für sich behalten darf, ein wahrer Trödelvertrag vorliegt, wird von den Juristen nicht verkannt [1]), allein man sollte sich hier mit der richtigen Auffassung nicht begnügen, sondern einen solchen verwirrenden Sprachgebrauch aus der juristischen Darstellung ausdrücklich hinausweisen. Wenn derselbe auch unter Kaufleuten allgemein üblich geworden ist, so kann doch in dieser Beziehung von einer Usance, die Anspruch auf Geltung habe, nicht die Rede sein.

4) Es ist endlich noch übrig, das Verhältniß der pro socio actio zu der ästimatorischen Klage anzugeben, und in der That ist es bei keinem der verwandten Rechtsinstitute so schwierig, das von dem Trödelvertrag unterscheidende Merkmal aufzufinden, als eben bei der Societät. Wenn Jemand durch den Verkauf seiner Sache einen Gewinn zu machen hofft, und dieselbe deßhalb für einen ihm vortheilhaften Preis einem Andern zum Veräußern übergiebt, dieser den Weiterverkauf übernimmt und ebenfalls wieder durch einen höhern Erlös ein

1) Treitschke a. a. O. § 8. S. 21. Wilda a. a. O. II. S. 709. Wohl zu unterscheiden von diesem Fall ist der andere, wenn ein Limito mit der Verpflichtung gesetzt ist, auch nicht theurer zu verkaufen. Es tritt dies z. B. ein, wenn der Verleger seine Verlagsartikel an die Sortimentsbuchhändler verschickt. Das hier abgeschlossene Geschäft ist selbst dann, wenn die Zusendung ohne besondere Aufforderung geschah, ein Kauf auf Bedingung, denn von dem einmal etablirten Sortimentsbuchhändler ist anzunehmen, daß er auch ohne Bestellung einen derartigen Kauf abzuschließen geneigt ist.

Lucrum zu machen beabsichtigt, so liegt einerseits ein Tröbelvertrag vor, andrerseits ist hinsichtlich des von Beiden durch den Verkauf einer und derselben Sache erstrebten Gewinns eine gewisse Gemeinschaft vorhanden. Bei entsprechender Absicht der Partheien kann hiermit eine Erwerbsgesellschaft, also auch die pro socio actio begründet sein. Dies würde, von aller Quellenbestätigung abgesehen, an sich schon aus innern Gründen keinem Zweifel unterliegen, zum Ueberfluß wird es ganz ausdrücklich bezeugt von Ulpian in:

l. 44. Dig. Pro socio (XVII. 2.): Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excederet, tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.

Zunächst sehen wir also die Societät dem Tröbelvertrag vor den übrigen verwandten Rechtsverhältnissen dadurch besonders nahe treten, daß erstere unter Umständen nicht schon durch die faktischen Prämissen des letzteren, sondern nur durch die Willensrichtung der Contrahenten ausgeschlossen wird; es entsteht nunmehr die Frage, weßhalb der Gesellschaftsvertrag nicht auch ohne den animus contrahendae societatis in dem oben angegebenen Fall angenommen werden kann, oder, mit andern Worten, wodurch sich derselbe objectiv von dem contractus aestimatorius unterscheidet? Die entscheidende Stelle in dieser Beziehung ist die

l. 13 pr. Dig. de praescriptis verbis (XIX. 5.) Ulpianus: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem, sed in factum, quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non vi-

detur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.

Nach dem Inhalt dieses Fragments könnte man unter Berücksichtigung des Grundsatzes, daß bei der Gesellschaft die Contrahenten in ihren Verpflichtungen und Berechtigungen möglichst gleichzustellen sind, der Annahme geneigt sein, als werde die Existenz einer Societät aus dem Grunde geläugnet, weil der eine Socius von Anfang herein sich einen absolut bestimmten Gewinn ausmachte. Allein diese Argumentation wäre entschieden irrig. In der l. 52 § 7. Dig. eod. (XVII. 2.) führt Ulpian ein Responsum des Papinian an, demzufolge bei einer Societät, bei welcher der eine Contrahent sein Geld, der andere seine Dienste einschießt, Ersterer sich rechtsgültig eine bestimmte Geldsumme als seinen, ihm vorweg zufallenden Gewinnantheil ausbedingen, und deßhalb die pro socio actio anstellen kann.

Die richtige Interpretation der l. 13 pr. cit. ist folgende: Das Wesen der Societät bringt es mit sich, daß Gewinn und Verlust für die Gesellschafter gemeinschaftlich sind [1]). Wie einerseits das Uebereinkommen, nach welchem der eine Contrahent allen Gewinn erhalten, der andere den ganzen entstehenden Schaden tragen soll, den Vertrag ungültig macht, ebenso darf andrerseits in der Regel auch nicht bloß eine Theilung des Lucrum vereinbart werden [2]). Daß das Damnum lediglich der einen Parthei zur Last fallen soll, ist nur unter der Voraussetzung auszumachen möglich, wenn die hierdurch entstehende Ungleichheit durch eine verhältnißmäßig werthvollere Leistung des begünstigten Socius ihren Charakter als solche verliert, und eben erst durch die Bestimmung, daß der Letztere

1) l. 29., l. 76. Dig. pro socio (XVII. 2.).
2) l. 29 § 2. und § 1 cit.

den Schaden nicht mit tragen hilft, der Grundsatz der Parität gewahrt erscheint.

Geht man von dieser Anschauung aus, so ist es offenbar, daß **Ulpian** in der l. 13 cit. sagen will: es ist eine Societät deßhalb nicht anzunehmen, weil Derjenige, der die Sache zum Verkauf hingiebt, und sich für jeden Fall eine bestimmte Summe als Gegenleistung ausmacht, eben hierdurch zeigt, daß er nicht auch an dem ungünstigen Erfolg des Weiterverkaufs Theil haben will. Nicht das Vorausbedingen des bestimmten Preises ist es, wodurch die Annahme einer Societät unmöglich gemacht wird, sondern der andere Umstand, daß die beabsichtigte Negotiation nicht nach Verhältniß in Gewinn und Verlust jedem Socius zu Gute kommen oder zur Last fallen soll. Der Unterschied zwischen der Gesellschaft und dem Trödelvertrag beruht also darin, daß bei dem letzteren der Trödler zwar ebenso wie der Tradent einen Gewinn machen kann, aber durch den Weiterverkauf nicht ein gemeinschaftliches, sondern lediglich sein eignes, in den ungünstigen Resultaten ihn allein betreffendes Geschäft führt. Es kann auch bei der Societät ausgemacht werden, daß der eine Socius allein den Schaden tragen soll, und eben deßhalb ist es möglich, daß bei den nämlichen faktischen Umständen nach der Absicht der Partheien einmal eine Societät, daß anderemal ein contractus aestimatorius vorliegt; ohne die ausgesprochne Willensrichtung ist aber die erstere eben aus dem Grunde nicht anzunehmen, weil die bei dem Trödelcontract vorkommende ungleiche Berechtigung und Verpflichtung der Partheien der rechtlichen Natur der Societät völlig zuwider ist.

Ueber die

const. 2. Cod. de rescindenda venditione (IV. 44.).

I. Einleitung.

Die Bestimmung der const. 2. Cod. de rescd. vend., der zufolge der Verkäufer eines Grundstücks bei einer laesio ultra dimidium die Rescission des Verkaufs verlangen darf, hat vorzugsweise durch die Anwendung in verwandten Fällen, die sie seit der Zeit der Glossatoren gefunden hat, Veranlassung zu vielfachen Streitfragen gegeben. Allerdings behaupten manche neuere Schriftsteller, daß hier eine entschiedene Praxis die theoretischen Zweifel abgeschnitten habe[1]); allein unläugbar giebt es gegenüber der üblichen extensiven Interpretation jener Constitution bis in die neuste Zeit Dissentienten von bedeutender Autorität[2]), und bei dem Mangel an einer gemeinsamen Ueberzeugung unter den Juristen beruht selbst die weitverbreitetste Praxis immer auf Zufälligkeiten. Einer unserer bedeutendsten Civilisten behauptet, der Interpret müsse die strengere Meinung als die richtigere annehmen, bei der Rechtsprechung dürfe man der entgegengesetzten Lehre bei deren allgemeiner Herrschaft seit der Reception des Römischen Rechts die Anerkennung um so weniger versagen, als die betreffende Frage in keinem Fall zu den völlig ausgemachten und unzweifelhaften gehöre, und sich überdies leicht nachweisen lassen

1) Vgl. z. B. Glück Bd. XVII. S. 32 u. 120.

2) z. B. Bucher: Recht der Forderungen § 67 a. E. Puchta: Pandekten § 364.

dürfe, daß dieselbe nicht sowohl auf einem bloßen theoretischen Irrthume beruhe, als vielmehr einem fühlbaren Bedürfnisse des praktischen Lebens entgegenkomme [1]. Gegen diese Auffassung, der zufolge nicht bloß die Praxis als entschieden angenommen, sondern auch der als richtig dargestellten Lehre gegenüber für selbstständig berechtigt erklärt wird, erhebt sich vorzüglich hinsichtlich der Form, in der sie wiedergegeben ist, ein nicht zu übergehendes Bedenken. Die Befugniß, Bestimmungen des Römischen Rechts nach den Bedürfnissen unsres Rechtslebens fortzuentwickeln, wird Niemand mit Grund in Abrede stellen; ist aber der allgemeinen Ueberzeugung entsprechend ein solcher Schritt der Fortbildung geschehen, so ist der neugewonnene Rechtssatz eben ein Satz des heutigen Römischen Rechts, und es ist besser, ihn als solchen zu bezeichnen, anstatt an die so leicht mißzuverstehende Unterscheidung zwischen Theorie und Praxis zu erinnern. Ist es dagegen überhaupt noch gar nicht ausgemacht, ob nicht das Recht der Römer schon die Bestimmung enthält, die ein fühlbares Bedürfniß für die Jetztzeit fordert, so ist der wichtigste Punkt der, hierüber zur Klarheit zu gelangen, denn wenn dies gelingt, so hört, mag die Entscheidung ausfallen wie sie will, die jedenfalls die Rechtssicherheit gefährdende Controverse auf, und an ihre Stelle tritt die feste Rechtsregel, für deren Geltung es gleichgültig ist, ob sie ihren Ursprung dem spezifisch Römischen oder unserm heutigen Recht verdankt.

Gleichviel daher, ob man die Abweichung von der als richtig anerkannten Lehre für die Praxis als begründet ansieht, oder letztere bekämpft, oder endlich dieselbe im Einklang hält mit der Ansicht der Quellen, in jedem Fall erscheint der Versuch als gerechtfertigt, die Grundsätze zu reconstruiren,

---

1) v. Vangerow: Pandekten Bd. III. S. 329.

welche im Römischen Recht neben der in const. 2 cit. für den Verkäufer klar und deutlich anerkannten Berechtigung, über Rescission eines Vertrags wegen laesio enormis sich finden. Diese, aber auch lediglich diese Aufgabe haben die nachfolgenden Blätter. Ausgeschlossen aus dem Kreise unserer Untersuchung bleiben demnach jene Controversen, die bei Gelegenheit der const. 2. früher vielfach behandelt, jetzt glücklicherweise als beigelegt angesehen werden dürfen, wie z. B. der Streit über ihre Anwendung beim Verkauf von Mobilien, und der andere: über die Berechnung der laesio enormis; ausgeschlossen ferner die übrigen Fragen, die bei Anwendung unsrer Constitution beiläufig zur Sprache gekommen sind, und noch jetzt theilweise verschieden beantwortet werden, wie z. B. über die Qualität der Rescissionsklage, und die Möglichkeit, auf sie zu verzichten; ausgeschlossen endlich bleibt die dem Handelsrecht angehörige Frage, ob auch bei Kaufleuten die Rescission eines Kaufs wegen übermäßiger Verletzung möglich ist, oder nicht.

Dagegen stehen zwei der streitigsten Fragen mit unserer Aufgabe im unmittelbarsten Zusammenhang. Wenn es gelingt, das richtige Verhältniß darzustellen, in welchem die const. 2. zu dem früheren und späteren Recht steht, so haben wir ein sichres Resultat gewonnen über deren singulären oder nicht singulären Charakter, und hiermit ist zugleich die Entscheidung über die Ausdehnung der in ihr gegebenen Bestimmung auf den Käufer und ihre Anwendbarkeit bei andern Verträgen gegeben. Diese Fragen kommen also zunächst insoweit in Betracht, daß wir auf sie das Ergebniß der angestellten Forschung anwenden sollen; weiter aber beruht auf der über sie herrschenden Ungewißheit das gesammte praktische Interesse unserer Untersuchung, und aus diesem Grunde erscheint es räthlich, nicht bloß beiläufig auf sie zurückzukommen, son-

dern von ihnen auszugehen, um an ihrer Dogmengeschichte die verschiedenen Ansichten kennen zu lernen, die sich über die Auffassung der const. 2. geltend gemacht haben. —

II. Dogmengeschichtliche Darstellung der Fragen: Ob die Bestimmung der const. 2. auch für den Käufer, und zweitens: ob sie auch bei andern Verträgen zur Anwendung kommt?

Wenn wir uns die Aufgabe stellen wollten, die verschiedenen Ansichten sämmtlicher Schriftsteller aufzuzählen und zu beurtheilen, welche, wenigstens für ihre Zeit von Bedeutung, diese Fragen beantwortet haben, so würde die unter III folgende Untersuchung mindestens hinsichtlich des äußeren Umfanges bei Weitem hinter der nicht als Hauptzweck beabsichtigten Dogmengeschichte zurückstehen. Dies wäre nun zwar an sich ein gleichgültiger Umstand, sobald wir uns von einer Compilation aller Meinungsverschiedenheiten einen wahren Gewinn für die eigene Anschauung versprechen dürften; allein in der That ist es so wenig ersprießlich, neben den unvermeidlichen Wiederholungen jede neue Behauptung, gleichviel ob sie irgend eine Geltung gefunden, oder von der nächst nachfolgenden litterarischen Erscheinung schon ihr Urtheil erhalten hat, zu berücksichtigen, daß wir darüber den Vorzug einer übersichtlichen und deßhalb kürzeren Darstellung nicht aufgeben dürfen. Aus diesem Grunde sollen nicht sowohl die Ansichten der einzelnen Juristen, etwa nach der historischen Reihenfolge, als vielmehr der Entwicklungsgang, den das Dogma im Allgemeinen nahm, nachgewiesen, und dafür, ohne Rücksicht auf ihre sonstige Bedeutung, diejenigen Schriftsteller angeführt werden, welche einen wirklichen, wenn auch vielleicht ungünstigen Einfluß auf die Gestaltung der Lehre äußerten.

Es läßt sich als zweifellos hinstellen, daß die Entstehung beider Streitfragen in eine spätere Zeit, als die der Glossatoren fällt. Die Glosse des Accursius faßt einerseits die const. 2. als ein singuläres Gesetz auf, läßt aber andrerseits deren Anwendung ebensowohl bei dem Käufer, als auch bei andern, dem Verkauf ähnlichen bonae fidei Contracten zu. Azo, also einer der bedeutendsten der letzten Glossatoren, sagt bei Erläuterung der const. 2: Sic et in emtore decepto. — Quod dixi in venditione ad quemlibet contractum bonae fidei extenditur. In contractu vero stricti juris contra est [1]).

Daß diese Ansicht eine lange Zeit hindurch in ihrem Prinzip keine Anfechtung erlitten hat, bezeugt ein Schriftsteller aus der Mitte des funfzehnten Jahrhunderts: Fabianus de Monte Sabini, der unter Berufung auf Bartolus, Baldus, Angelus und Barth. de Saliceto beiderlei Ausdehnung der const. 2. billigt [2]). Nur über die Frage: ob gewisse Verträge zufolge ihrer eigenthümlichen Natur, insbesondere ob die contractus stricti juris — wie die Glosse annahm, Fabianus aber verwarf — von dieser regelmäßigen Subsumtion auszunehmen seien, nie aber über die prinzipielle Zulässigkeit einer extensiven Interpretation der const. 2. waren die Meinungen verschieden; erst die Behandlung anderer in dieser Lehre entstandener Streitfragen erregten auch hier Zweifel.

Es ist mehrfach die Frage aufgeworfen worden: wer zuerst das herrschende Dogma verlassen habe [3])? Hierüber eine Untersuchung anzustellen, würde selbst dann nicht der Mühe lohnen, wenn ein völlig sicheres Resultat zu erreichen wäre,

1) Summa ad Tit. de rescind. vend. Lugduni 1540.
2) Tractatus de Emptione. Coloniae 1574. p. 318 seq.
3) Glück: Commentar Bd. XVII. S. 27. 28.

jedenfalls hat aber die Opposition fast gleichzeitig bei Mehreren begonnen, so daß schwerlich einer allein mit Sicherheit als der erste Dissentient zu bezeichnen ist. Duaren und Dü Molin pflegen neben einander genannt zu werden, und dem Letzteren wird die erste Abweichung von der herrschenden Lehre zugeschrieben; allein als dritter Concurrent um dieses zweifelhafte Verdienst ist auch Pinelus zu erwähnen; und in der That ist bei ihm das Mißtrauen gegen das hergebrachte Dogma am allerstärksten, während Dü Molin hinsichtlich unserer Fragen durchaus nicht von demselben abweicht. Die Eigenthümlichkeit der Auffassung bei Duaren ruht darin, daß er die Ausdehnung auf den Käufer und auf andere Verträge zwar zuläßt, allein dieselbe nur deßhalb für gerechtfertigt hält, weil die const. 2., die an sich als Rescript jeder weiteren Bedeutung über den von ihr entschiedenen Fall hinaus entbehrt habe, von Justinian in seinen Codex aufgenommen worden sei. Er verzichtet mithin auf alle die Gründe, die vor und nach ihm eben aus der Eigenschaft der const. 2. als eines Rescripts für deren extensive Interpretation beigebracht worden sind, und stützt sich lediglich auf die Autorität Justinian's, der dieselbe zu einem allgemeinen Gesetz erhoben, und somit unter die für diese gültigen Interpretationsregeln gestellt habe [1]. Dü Molin hat ohne eine besondere selbstständige Auffassung und Begründung die Ansicht der Glosse [2]. Der Irrthum, daß er als erster Dissentient bezeichnet worden ist, hat folgenden Grund: Er behandelt die Streitfrage über Berechnung der laesio enormis, und bemerkt dabei, die Veranlassung zu der in dieser Beziehung herrschenden

1) Comm. ad l. 36. Dig. de Verb. Obligat. (Opera pag. 740.).

2) Molinaeus: Tractat. de Commerc. et Usuris. Colon. Agripp. 1577. § 175. pag. 199 seq.

falschen Meinung liege in der Gleichstellung des Käufers und Verkäufers, d. h. darin, daß man irrigerweise denselben Schätzungsmaaßstab der Verletzung bei jenem wie bei diesem anlege. Eine kleine Ungenauigkeit führte nun zu der Annahme, er habe dem Käufer überhaupt die Rescissionsberechtigung völlig abgesprochen, die er aber einige Seiten weiter unten mit den deutlichsten Worten widerlegt. Er verwirft nur die Anwendung der const. 2. bei den stricti juris contractus; allein hiermit schließt er sich ja nur um so mehr an die ursprüngliche Lehre an. Dagegen ist Pinelus, dem wir das Verdienst einer vorurtheilsfreien und von seinem Standpunkt aus gründlichen Betrachtung nicht absprechen dürfen, nicht geneigt, das herrschende Dogma ohne Weiteres anzuerkennen [1]).

Er beginnt seine Darstellung mit einer Kritik. Man war gewohnt, sich für die Generalisirung der dem Verkäufer gegebenen Berechtigung auf einige Quellenstellen, insbesondere auf l. 1 § 12. Dig. Si quid in fraudem (XXXVIII. 5.), const. 3. Cod. Quibus ex causis majores (II. 54.), const. 3. Cod. Communia utriusque jud. (III. 38.) zu stützen, die Aehnlichkeit in äußeren faktischen Momenten, die sich hier findet, und die Allgemeinheit des Ausdrucks waren die täuschenden Gründe, über welche man die innere Verschiedenheit zwischen den Bestimmungen jener Stellen und dem Inhalt der const. 2. übersah. Pinelus weist diese Argumentation zurück, und geräth dadurch selbst in eine gewisse Schwankung, zu welcher Meinung er sich bekennen solle; endlich kehrt er doch zu der Ansicht der Glossatoren, die er als eine communis und receptissima opinio bezeichnet, zurück, nur hält er es für consequent, die Ausdehnung der const. 2., wenn man sie einmal

1) Commentar. de rescindenda venditione. Francofurti 1614, Pars I. cap. 3. pag. 178 seq.

annehme, auch bei den negotia stricti juris zuzulassen, da auch bei diesen die Aequitas in Betracht komme. Auch ihm mangelt ebenso wie dem Fabianus eine richtige Einsicht in das Wesen der Aequitas, bona fides, und das zwischen beiden obwaltende Verhältniß.

Der Erste, der grundsätzlich und nachweislich von der früheren Lehre abwich, war Cujas. In seinem Codercommentar beantwortet er die Frage: ob auch der Käufer bei einer immodica laesio klagberechtigt sei? mit folgenden Worten: et ratio facit, nec quisquam contradicit, ut emtori etiam subveniatur, und läßt die Rescission zu bei der locatio, permutatio, divisio und emtio redituum, deren Verwandtschaft mit dem Kauf er noch sorgfältig durch Quellencitate belegt [1]). Vollständig anderer Ansicht ist er dagegen in seinen Observationen [2]). Die Aequitas, sagt er hier, verlangte für den Verkäufer eine Hülfe, weil diesen zu einem Verkauf unter dem Werth meist die Noth treibt; anders bei dem Käufer, der häufig fraudandi causa auf das Geschäft eingeht, und gewöhnlich, wenn er einen höheren Preis verspricht, den Affectionswerth, den die Sache für ihn hat, mit in Anschlag bringt. Schon Salvianus de providentia Dei spreche es aus: Invidiam penes emtorem, inopiam penes venditorem esse, und alle Constitutionen, die c. 2. 8. Cod. h. t. und die const. 1. Cod.: Si major factus (V. 74.) erwähnten eben deßhalb nur den Verkäufer als Berechtigung. In Uebereinstimmung hiermit dürfe man auch nicht dem Miether, sondern nur dem Vermiether das beneficium legis gewähren, bei dem Tausch dagegen sei dasselbe Beiden zuständig, weil der eine wie der andere Contrahent als Verkäufer anzusehen sei.

---

1) ad tit. de rescind. vend. Editio Lutet. Parisior. 1637. tom. IV. pap. 373. 374.

2) Observation. lib. XVI. cap. 18. tom. II. pag. 470. 471.

Von dieser Meinung des Cujas, die, wie wir sehen werden, niemals die herrschende geworden ist, hat besonders die eine Behauptung, daß der Verkäufer meist aus Noth verkaufe, sogar auf die Gegner einen gewissen Einfluß erlangt, und fast unvermerklich ist im Laufe der Zeit aus ihr die Annahme hervorgegangen, daß die const. 2. stillschweigend einen Nothkauf voraussetze. Je befangender für die ungetrübte Auffassung der const. 2. diese, durch eine gewisse Anschaulichkeit sich einschmeichelnde Annahme wirkte, um so strenger ist dieselbe gleich an dieser Stelle, wo sie zuerst auftritt, als völlig willkührlich zurückzuweisen. Einmal enthält die const. 2. selbst nicht die entfernteste Andeutung, daß die Kaiser den Fall eines Nothverkaufs zu entscheiden gehabt hätten, und dieses Moment wäre am Wenigsten von denen zu übersehen gewesen, die eine wörtliche Interpretation verlangen, zweitens ist der Versuch, es als eine Ansicht der Quellen nachzuweisen, daß regelmäßig der Verkäufer aus Noth, der Käufer dagegen zu seinem Vortheil handle, nicht bloß völlig mißlungen, sondern in der That ein wahrer Angriff auf den gesunden Sinn des Römischen Rechts. Cujas selbst citirt für sich: die l. 36. § 1. Dig. Mandat. (XVII. 1.), c. 12. 16. Cod. h. t. (IV. 44.), c. 1. Cod. de praed. decurion. (X. 33.), c. 2. Cod. sine censu vel reliq. (IV. 47.) Spätere Juristen haben dieses Citat vervollständigt durch l. 3. pr. l. 61. Dig. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.), l. 44. § 1. Dig. de damno infect. (XXXIX. 2.). In den ersteren Stellen werden Fälle erwähnt, in denen aus Noth verkauft worden ist, und sie würden, wenn etwa Jemand daran gezweifelt hätte, daß bei den Römern überhaupt Verkäufe aus Noth vorgekommen wären, mit gutem Erfolg angeführt worden sein; weiter hinaus geht aber ihre Beweiskraft nicht, es läßt sich aus ihnen nicht einmal entnehmen, daß die Römer bei dem Käufer eine ur-

gens necessitas unwahrscheinlich gefunden haben; von den letzteren steht die erste und dritte Stelle in gar keinem Bezug zu dem, was sie beweisen sollen; die l. 61. cit. dagegen spricht geradezu von einem Fall, in welchem Jemand aus Noth ein Grundstück kauft und über den Werth bezahlt.

Aber auch die übrige Argumentation des Cujas ist in keiner Weise befriedigend. Die Berufung auf Salvian, der später von Merille in seinen Varianten[1]) noch ein Citat aus Libanius' Declamationen: Felix, qui potest emere; infelix qui cogatur vendere, beigefügt worden ist, kann natürlich nicht in Betracht kommen; einem Juristen des sechzehnten Jahrhunderts ist eine derartige Eleganz gestattet; die Schriftsteller, die sich heutzutage auf Cujas berufen, werden schwerlich auf den Salvian als Gewährsmann großes Gewicht legen. Die fernere Behauptung, daß der Käufer häufig fraudandi causa das Geschäft eingehe, bedarf wohl keiner Widerlegung; es bleibt also endlich nur die eine Frage übrig, ob es, und zwar auch für unsere Zeit richtig ist, daß die bei dem Verkäufer zuweilen eintretende Nothwendigkeit zu veräußern, Veranlassung geben kann, nur ihm, nicht auch dem Käufer die aus der const. 2. folgende Berechtigung zu gewähren. Um diese Annahme zu rechtfertigen, würde es zunächst des Beweises bedürfen, daß nicht bloß die Fälle, in welchen aus Noth verkauft, die häufigeren sind, sondern daß auch überhaupt der Fall eines Nothkaufs gar nicht vorkommen kann, denn begreiflicherweise darf man, wenn Letzteres überhaupt nur möglich ist, dem Käufer die Berechtigung aus dem Grunde nicht entziehen, weil der Fall, in dem er sich befindet, sich selten ereignet. Dieser Beweis ist aber nicht zu erbringen. Allerdings wird Niemand aus Mangel an materiellen

1) Variantium ex Cujacio lib. II. cap. 8.

Lebensbedürfnissen ein Grundstück kaufen, während aus derartiger Noth ein Verkauf wohl vorkommen mag; aber durch anderweitige Verhältnisse kann Jemand sehr wohl zu einem solchen Kauf gezwungen werden, sei es um einen gewissen Zweck zu erreichen, z. B. um das Indigenat zu erlangen, oder um einen drohenden Vermögensnachtheil abzuwenden, z. B. um einen Neubau zu verhüten, der den Grundwerth des schon besessenen Grundstücks wesentlich verringern würde[1]).

Endlich aber würde durch den Nachweis, daß ein Käufer sich nicht im Nothstande befinden könne, noch gar Nichts entschieden sein, denn die const. 2. kommt ja dem Verkäufer auch dann zu Statten, wenn er aus Unkenntniß des wahren Werths das Object unter dem Preise verkauft hat, und in diesem Fall kann der Käufer doch nicht wegen des ihm zugeschriebenen glücklichen Geschicks eine Zurücksetzung erfahren[2]).

In dieser ganzen von Cujas aufgebrachten, aber bis auf den heutigen Tag fortgeerbten Meinung ruht eine maaßlose Willkühr, aber man hat dies übersehen, weil die Willkühr im Gewand einer die Verhältnisse scheinbar wohl erwägenden Billigkeit auftritt. Es war eine natürliche Erscheinung, daß die erste Opposition gegen das althergebrachte Dogma großen Streit erregte. Robert[3]) und Fachinäus[4]) griffen den Cujas heftig, aber mit alten Gründen an, Anton Faber[5]) vertheidigte ihn ebenfalls ohne Originalität und

1) Auf die Nothwendigkeit, bewegliche Sachen kaufen zu müssen, soll hier auch nicht einmal beispielsweise Rücksicht genommen werden, da die Anwendbarkeit der const. 2. bei Mobilien ebenfalls bestritten ist. Vgl. weiter unten Nr. III.

2) Es ist dem Verkäufer die Rescissionsberechtigung von Manchen für den Fall abgesprochen worden, wenn er den wahren Werth des Kaufobjects gekannt hatte, nie aber umgekehrt.

3) Animadversion. lib. II. cap. 12 seq.

4) Controversiar. lib. II. cap. 16.

5) Errores Pragmaticor. Decad. VIII. error 7.

mit der einzigen Neurung, daß er im Extrem keinerlei Ausdehnung der const. 2. zugiebt.

Bei Weitem der bemerkenswertheste unter denjenigen Juristen, welche die alte Ansicht in jener Zeit festhielten, ist Hugo Doneau[1]). Er steht noch nicht inmitten des erhobenen Streits, die Ausdehnung auf den Käufer faßt er als längst von den Interpreten angenommen auf, und hält sie für natürlich, da es sich denken lasse, daß die nämliche Verletzung, wie bei dem Verkäufer, so auch bei dem Käufer vorkommen könne, und somit des Letzteren Anspruch ebenso gut begründet sei. Nicht minder findet er die Anwendung der const. 2. gerechtfertigt bei der Miethe, dem Tausch und der Theilung, läugnet sie dagegen bei dem Vergleich, da hier nur die eine Parthei etwas Bestimmtes leiste, die Gegenparthei einen Anspruch von ungewissem Werth aufgebe.

Wir haben aus der Zeit der Interpreten vielleicht keine Darstellung unserer Fragen, die durch ihre schmucklose Sicherheit, durch ihren wissenschaftlichen Ton, und die vorsichtige Begründung, die sich überall findet, wo der Verfasser einen Zweifel für möglich hält, so geeignet wäre, eine Ueberzeugung hervorzurufen, als die des Doneau. Bedauernswerth ist nur das Eine, daß auf die eigentliche Cardinalfrage: ob die const. 2. singulärer Natur war? gar nicht eingegangen wird, und Doneau sich der Annahme zuzuneigen scheint, daß die Kaiser wirklich ein völlig neues Recht sanctionirt hätten. Durch diesen Umstand entbehren wir einmal einer Untersuchung, die vielleicht schon vor unsrer Zeit der herrschenden Meinungsverschiedenheit ein Ende gemacht haben würde, sodann geht aber auch der Werth des Vorhandenen zum Theil verloren, weil

1) Commentar. ad tit. Cod. de rescind. vend. Francofurt. 1599. pag. 342 seq.

die aufgestellte Ansicht doch im letzten Grunde einer festen Basis ermangelt.

Eine genaue Widerlegung der Cujacischen Ansicht und eine sorgfältige Rechtfertigung der früheren communis opinio finden wir bei Giphanius. Ohne die Bedeutung der von Cujas beigebrachten Gründe zu verkennen, will er doch nicht von der recepta sententia aliorum interpretum, unter denen er den Joh. Robert, Connanus und Doneau citirt, abweichen. Sein Hauptargument ist, daß nicht der Verkäufer als Verkäufer, sondern als Läsus die Rescissionsberechtigung erhalten habe, diese also auch dem Käufer zustehen müsse, sobald der Käufer als der Verletzte erscheine; die laesio nimia sei stets die vera causa hujus beneficii. Bei der zweiten Frage über Ausdehnung auf andere Geschäfte hat Giphanius das Eigenthümliche, daß er die const. 2. ebenso wie beim Transact, so auch bei der Theilung ausschließt, sie dagegen bei dem Contractus emphyteuticarius wegen dessen Aehnlichkeit mit der Miethe zuläßt[1]).

In dem Verhältniß, in welches sich Giphanius zu dem Cujas stellt, findet die ganze spätere über des Letzteren Opposition herrschende Meinung ihren Ausdruck. Cujas ist nicht der Begründer einer das Dogma bestimmenden Ansicht geworden, er gilt als erster Dissentient, der verhältnißmäßig wenige Nachfolger gefunden hat, und auch diese vielleicht mehr seiner sonstigen Bedeutung als der überzeugenden Begründung seiner Meinung bei unseren Fragen verdankt. Mynsinger[2]), Gaill[3]), Perez[4]), Brunnemann[5]), Voet[6]), Lau-

1) Explanatio difficilior. leg. Cod. Colon. Planc. 1614. p. 307 seq.
2) Singul. Observat. Centur. VI. Centur. IV. obs. 73.
3) Practicar. observation. Obs. 70. No. 1. 2.
4) Praelect. in Cod. ad h. t.
5) Commentar. in Cod. ad h. t.
6) Commentar. ad Pandect. lib. XVIII. tit. 5. No. 5. 13.

terbach[1]), Zoesius[2]), Stryk[3]) und noch viele Andere bestätigen die Richtigkeit und praktische Geltung der ursprünglichen Lehre.

Je isolirter aber dieser Uebereinstimmung zufolge die Opposition steht, desto sorgsamer ist sie in der Dogmengeschichte überall da hervorzuheben, wo sie mit neuen Gründen Geltung zu erringen sucht. Zu diesem Zweck ist zunächst anzuführen: Hugo Grotius, der zuerst die const. 2. als ein dem Naturrecht widersprechendes Gesetz darstellte, und deßhalb eine stricte Interpretation verlangte[4]). Diese Behauptung, die auffällig erscheinen könnte, weil die const. 2. vielmehr als ein Product der Aequitas dargestellt zu werden pflegt, erhält eine gewisse Rechtfertigung dadurch, daß einmal die billige Rücksicht auf den Verletzten für die Gegenparthei auch wieder eine Unbilligkeit zur Folge haben kann[5]), zweitens, daß es eines der ersten und natürlichsten Gebote des Naturrechts ist, einen abgeschlossenen Vertrag unverbrüchlich zu halten. Der Ansicht des Grotius entspricht auch die Meinung des Thomasius. Huber[6]), der die praktische Bedeutung der const. 2. sehr gering anschlägt, giebt zwar auch dem Käufer die Berechtigung, schließt aber jede Ausdehnung auf andere Verträge aus. Thomasius tritt in den Scholien und Additionen zu Huber zwar als dessen Gegner auf, hat es aber in seiner Dissertation: de aequitate cerebrina recht ei-

1) Colleg. Theoret. Practic. ad Pand. lib. XVIII. tit. 5. § 23 u. 33 seq.

2) Comment. ad Pand. lib. XVIII. tit. 5. No. 5. 17.

3) Usus modern. Pand. lib. XVIII. tit. 5. § 4. 6 seq.

4) De jure bell. ac pac. lib. II. cap. 12. § 26. Florium sparsio ad jus Justinian. ad tit. de rescind. vend. Parisiis 1642. pag. 356.

5) Dieser Möglichkeit ist Rechnung getragen in der bekannten Bestimmung des Code civil. art. 1681.

6) Praelection. jur. Rom. et hodier. ad lib. XVIII. tit. 5. § 3 seq.

gentlich darauf abgesehen, die const. 2. als abgeschmacktes Product eines sinnlosen Billigkeitsgefühls darzustellen. Er behauptet, Diocletian und Maximian hätten selbst später das Thörichte ihrer Verordnung eingesehen, und nur die Unwissenheit des Justinianeischen Zeitalters habe sie uns erhalten, ein objectiv dem Werth entsprechendes Pretium lasse sich nicht denken, bei Consensualverträgen entscheide das Uebereinkommen, eine anderweitige Norm sei unbedingt zu verwerfen, der Grundsatz der Humanität könne nur bei Geschäften der Liberalität und Beneficiantia, nicht auch beim Handel in Betracht gezogen werden u. s. w. Das Resultat, zu dem er gelangt, ist folgendes: Die const. 2. hat an sich schon keine Berechtigung, und in der That wird auch in der Praxis auf sie keine Rücksicht genommen. Hinsichtlich dieser letzteren Behauptung steht ihm sein eignes Zugeständniß entgegen, daß bei den Reichs- und Sächsischen Gerichten die const. 2. als entscheidend angesehen, und viel über ihre Ausdehnung gestritten werde[1]); allein auch seine übrige Argumentation leidet an demselben Fehler, wie die des Hugo Grotius und vieler Anderen. Auch er verkennt das Verhältniß der aequitas und bona fides und getäuscht durch die Worte: humanum est der const. 2. verwechselt er sie als Postulate und Motive der in letzteren getroffenen Bestimmung.

Unter Berufung auf das Naturrecht haben die const. 2. und die über sie geltende Lehre noch angegriffen: Achenwall[2]), Höpfner[3]) und Weber[4]), der es bedauert, daß bei Ausdehnung der von den Römischen Kaisern in heiliger

1) Dissert. cit. Halae 1730. cap. III. § 5.

2) Jus naturae lib. I. Sect. II. tit. 8. §. 203.

3) Naturrecht § 92.

4) Die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. Herausgegeben von Weber S. 116.

Einfalt erlassenen abgeschmackten const. 2. nicht das Naturrecht zu Rathe gezogen werde, und die weitere Anwendung, besonders deßhalb verwirft: weil dadurch noch mehr Prozesse entstünden! — Ohne den naturrechtlichen Standpunkt zu berücksichtigen, vertheidigen, übrigens unter Anerkennung, daß die gegentheilige Meinung in der Praxis angenommen sei, eine stricte Interpretation: Madihn[1]), Meier[2]), Malblanc[3]), Müller[4]).

Westphal[5]), Bauer[6]) und Glück[7]) bekennen sich dagegen unter Wiederholung der alten Gründe für die alte Lehre. Wo der Letztere es versucht, neue Argumente aufzustellen, hat er keinen Erfolg zu erwarten. Er sagt: die Kaiser hätten in der const. 2. in Folge der an sie ergangenen Anfrage lediglich den Verkäufer erwähnt, offenbar dasselbe aber auch mit für den Käufer bestimmt, diese Annahme zurückzuweisen bedürfe es eines **argumentum a contrario**, das aber bei Rescripten unzulässig sei. Diese Voraussetzung ist falsch. Die Ausdehnung wird nicht deßhalb geläugnet, weil die Kaiser den Käufer auszuschließen beabsichtigt hätten, sondern aus dem weit näher liegenden Grund, weil sie denselben nicht erwähnt haben.

Einen neuen Versuch, der Cujacischen Meinung Geltung zu verschaffen hat Weisseneck gemacht[8]). Seine Begründung beschränkt sich auf das Bestreben, eine Verschiedenheit zwischen der Stellung des Verkäufers und Käufers darzuthun;

1) Princip. jur. Rom. P. II. § 172.
2) Collegium Argentorat. 1657. pag. 1060.
3) Princip. jur. Rom. Pars II. Sect. II. § 551.
4) Observat. ad Leyser. Tom. II. Obs. 425.
5) Lehre vom Kauf. Thl. I. Hauptstück I. Sect. VI. § 807. 813.
6) Respons. ad Quaest. dub. Lips. 1801. Vol. II. pag. 48.
7) Commentar. Bd. XVII. § 1028 u. 1032.
8) Archiv. Bd. IV. Nr. 8. S. 41 ff.

der letztere kaufe häufig aus Affection, während bei dem ersteren sich dies nicht denken, vielmehr von ihm nur annehmen lasse, daß er den wahren laufenden Werth für die Sache zu erhalten trachte. Wenn der Verkäufer nun das Object unter diesem Werth hingebe, so werde dies fast immer aus Noth geschehen, und deßhalb hätten die Kaiser aus Grundsätzen der Humanität die Rescissionsberechtigung ihm gegeben. Diese Argumentation ist recht eigentlich dazu geschaffen, einer unklaren und verwirrenden Auffassung der const. 2. Vorschub zu leisten, ihre Widerlegung hat sie schon oben gefunden.

Gegen v. Weissenegg ist wieder aufgetreten: Dedekind[1]), der aber ebenfalls für das alte Dogma keinen neuen Stützpunkt bietet.

Unter den neusten Pandektenjuristen, die in Lehrbüchern und Compendien auf unsere Fragen eingehen, sind die Meinungen durchaus getheilt, und dies ist um so weniger zu übersehen, je mehr man sich durch eine angeblich durchaus herrschende Praxis der Erörterung dieser Controversen überhoben glaubt.

Mackeldey[2]), Thibaut[3]), Mühlenbruch[4]), Unterholzner[5]) nehmen an, daß die Bestimmung der const. 2. nicht bloß auf den Käufer auszudehnen sei, sondern auch bei andern onerosen Verträgen Anwendung finden müsse. Wening-Ingenheim[6]), Schweppe[7]), Bucher[8]), Göschen[9]),

1) Diss. de vera indole laesion. enorm. Goetting. 1837. § 9.
2) Lehrbuch § 373.
3) Pandekten § 500.
4) Pandekten § 406.
5) Schuldverhältnisse Bd. II. S. 245 ff.
6) Pandekten § 259.
7) Handbuch § 444.
8) Recht der Forderungen § 67.
9) Vorlesungen § 505.

Puchta[1]) und Sintenis[2]) aber sind entschiedene Gegner der hergebrachten Ansicht.

Eine gründliche und, was besonders hervorzuheben ist, unpartheiische Darstellung der Controversen findet sich bei von Vangerow, dessen Meinung übrigens schon oben mitgetheilt worden ist.

III. Die const. 2. in ihrem Verhältniß zu dem früheren und späteren Recht.

Die dogmengeschichtliche Darstellung liefert für beide Controversen gleichmäßig das Resultat, daß keine der aufgestellten Ansichten einer ernsten Kritik gegenüber Bestand hat, und eben deßhalb keine sich eine dauernde Geltung verschaffen konnte. Eine Abhülfe für die herrschende Ungewißheit ist nur von einer Untersuchung der Grundsätze zu erwarten, die im Röm. Recht über die Wirkung einer laesio enormis bei einem Vertrag, besonders dem Kauf vor und nach dem Erlaß der const. 2. galten, und mit der Aufgabe diese zu reconstruiren hat sich die nachfolgende Darstellung zu beschäftigen. Von besonderer Bedeutung ist es aber dabei, den allmählichen Entwicklungsgang des zu Grunde liegenden Prinzips nachzuweisen, und es erscheint deßhalb am gerathensten, den geschichtlichen Weg, und zwar in der Weise einzuschlagen, daß wir diejenigen Quellenstellen, aus denen sich die Rechtsansicht der Römer über diesen Punkt ergiebt, in ihrer historischen Reihenfolge aufzählen.

Der schon vielfach gemachte Versuch, eine genügende Interpretation der const. 2. mit Hülfe einzelner Pandektenfrag-

1) Pandekten u. Vorlesungen § 364.
2) Das gemeine Civilrecht Bd. II. § 116. Not. 218.

mente zu liefern, ist vorzugsweise an dem Mangel einer unbefangenen Auffassung des vorhandenen Materials gescheitert. Nicht wenige Rechtslehrer gingen an die Untersuchung der Quellen mit der gleich anfänglichen Absicht, Spuren der Rescissibilität eines Vertrags wegen laesio enormis bei den Pandektenjuristen finden zu wollen, und noch häufiger fast war der Irrthum, daß man das allgemeine Prinzip, zu dessen Constatirung allein die Digestenstellen in Betracht kommen können, außer Acht ließ, und sich lediglich an den unsicheren und zweideutigen Wortlaut hielt, der für die letzteren fast ohne Ausnahme charakteristisch ist. Am deutlichsten läßt sich die in diesem Verfahren liegende Willkühr und Gefährlichkeit bei einer Stelle nachweisen, die von Alters her für die Behauptung, daß schon nach Pandektenrecht ein Kauf wegen enormer Verletzung hätte rescindirt werden können, gleichmäßig fortcitirt worden ist. In der l. 54. Dig. de contrahd. emt. (XVIII. 1.) sagt Paulus:

> Res bona fide vendita propter minimam causam inemta fieri non debet;

mit Hülfe eines argumentum a contrario entnahm man diesem Ausspruch den Grundsatz, daß wegen einer major causa eine Rescission zulässig war, und supponirte nunmehr als solche major causa eine laesio enormis. Wie gewagt und unsicher eine solche Annahme an sich schon ist, mag noch ungerügt bleiben; allein als eine fast mehr als bedauerliche Ungenauigkeit erscheint bei derselben die Nichtbeachtung des Umstandes, daß jenes Fragment aus einem Buch über das Aedilicische Edict genommen ist. In der l. 1. § 8. Dig. de Aedil. edict. (XXI. 1.) heißt es ausdrücklich, daß nur wegen Mängel von einer gewissen Bedeutung redhibitorisch geklagt werden dürfe, und dieser Bestimmung entspricht die l. 54. cit. so vollständig, daß es durchaus unthunlich erscheint, durch ein argumentum a

contrario einen davon völlig verschiedenen Sinn in sie hineintragen zu wollen.

Andrerseits begehen aber allerdings auch diejenigen Juristen, welche die Möglichkeit, Spuren der const. 2. in den Pandekten nachzuweisen, läugnen, ein Unrecht, wenn sie ohne Weiteres die beigebrachten Stellen deßhalb für irrelevant erklären, weil in keiner derselben mit klaren Worten die Rescissibilität ausgesprochen sei. Man darf kein Pandektenfragment erwarten, welches der const. 2. so vollständig seinem Inhalt nach entspricht, daß diese nur als eine Wiederholung desselben erscheinen würde; fände sich ein solches, so würde der ganze hier geführte Streit schwerlich entstanden sein. Der Zweck, um deßwillen die Juristischen Quellen vor Diocletian in dieser Beziehung untersucht werden, ist nur der, zu sehen, ob schon in dem früheren Recht eine Bestimmung enthalten ist, die der const. 2. gegenüber als vorbereitend angesehen werden darf. Läßt sich eine solche nicht nachweisen, und nimmt demzufolge das Rescript eine völlig isolirte Stellung ein, so ist auch der singuläre Character desselben mit seinen Folgen nicht zu bezweifeln; finden sich aber in den Quellen Rechtssätze, die mit der const. 2. eine im letzten Grunde gemeinschaftliche Basis haben, so ist der Schluß auf die Existenz eines, hier wie dort, zur Geltung gekommenen Prinzips gerechtfertigt, und wenn gleich dasselbe nicht wörtlich ausgesprochen, sondern nur in seinen Consequenzen factisch anerkannt wäre, so würde in diesem Fall doch die Antwort auf die obigen Controversen nicht bloß von dem Standpunkt einer extensiven Interpretation der const. 2., sondern unter Anwendung eben jenes auch ihr zu Grunde liegenden Prinzips zu geben sein.

Nicht allein aber eine Bestätigung der const. 2., auch einen Widerspruch mit derselben hat man von andrer Seite her in den Pandekten zu finden geglaubt, und es erscheint be-

sonders deßhalb als eine wesentliche Erleichterung bei der Uebersicht der zahlreichen Fragmente, die hier in Betracht kommen, diejenigen unter ihnen, die mehr oder weniger in einem Conflict mit der Verordnung Diocletian's stehen sollen, im Voraus einer Beurtheilung zu unterwerfen. Zu diesen gehören zunächst:

l. 16. § 4. Dig. de Minorib. (IV. 4.): Idem Pomponius ait: in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.

l. 22. § 3. Dig. Locati (XIX. 2.): Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris est, minoris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus idem juris est.

l. 23. eodem: Et ideo praetextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.

In den ersten beiden Stellen wird von Pomponius und Paulus, bei Kauf und Miethe, ein invicem se circumscribere der Partheien als natürlich und erlaubt bezeichnet. Daß dies nur mit großer Einschränkung zu verstehen ist, leuchtet sofort ein. Niemand wird zufolge dieser Stellen einen Dolus für zulässig halten, Niemand sie im Widerspruch mit dem Aedilicischen Edict finden. Wenn aber jene Fragmente sich nur auf den Fall beziehen, daß ein circumvenire stattgefunden hat durch Ansatz eines zu hohen resp. zu niedrigen Preises, so erscheinen sie nur um so mehr im Widerspruch mit dem Grundsatz, daß eine übermäßige Verletzung die Aufhebung eines Kauf- oder Miethcontracts zur Folge haben könne, ja in l. 23. cit. wird geradezu gesagt, daß die Rescission einer locatio praetextu minoris pensionis unmöglich sei.

Was nun zunächst dieses Fragment betrifft, so rührt das-

selbe von Hermogenian her, einem Juristen, der bekanntlich nach Diocletian lebte. So wenig auf diesen Umstand ein entscheidendes Gewicht gelegt werden soll, wie es z. B. von Glück geschehen ist [1]), so dürfen wir doch eben deßhalb, wenn nicht die historische Ordnung unterbrochen werden soll, die l. 23 erst weiter unten eine genauere Berücksichtigung finden lassen.

Dagegen giebt uns über dies Verhältniß der l. 22 und der l. 16 § 4 cit. zu der const. 2. folgende Betrachtung den richtigen Aufschluß. Bei Rechtsgeschäften, bei denen ein Preis ausgemacht zu werden pflegt, ganz besonders beim Kauf, liegt es in den Verkehrsverhältnissen begründet, daß die Bestimmung des Preises nicht durch die sofortige Annahme des ersten Gebotes, sondern häufig erst nach mehrfachem Hin- und Herhandeln erfolgt, durch welches die Contrahenten von ihren anfänglich verschiedenen Anerbietungen endlich zu einem Beiden genehmen Resultat übereinkommen. Es würde eine Absurdität sein, von diesem schließlich ausgemachten Kaufpreis zu verlangen, daß er vollständig dem objectiven Werth der verkauften Sache entsprechen, mit andern Worten ein pretium justum im strengsten Sinne sein müsse; ein Verkehr, der sich nur über die allerersten Anfänge commercieller Verhältnisse hinaus entwickelt hat, wird Conjuncturen mit sich bringen, die für ein und dieselbe Sache unter verschiedenen Umständen einen sehr verschiedenen Preis als entsprechend erscheinen lassen, und der gemeine Werth einer Sache bestimmt sich wenigstens heutzutage nicht mehr nach deren objectivem Gehalte. So ist es an sich schon unvermeidlich, daß der Kaufpreis zuweilen denjenigen Werth des Objects, den dasselbe unter allen Umständen haben würde, übersteigt, zuweilen hinter demselben zu-

1) Commentar Bd. XVII. S. 123. 124.

rückbleibt. Dazu kommt aber noch die nicht minder naturgemäße Erscheinung, daß der Verkäufer immer möglichst theuer zu verkaufen, der Käufer möglichst billig einzukaufen suchen wird, so daß auch ohne Betrug, Arglist oder tadelnswerthe Täuschung die Absicht des Einen, für sich die günstigsten Bedingungen zu erhalten, einen Nachtheil des Anderen zur Folge hat. Hierin liegt keine Rechtsverletzung, und die Gesetzgebung muß die kleine Unebenheit, die in dem einzelnen Fall hervortreten kann, aus der höheren Rücksicht, welche den Verkehr zu befördern, nicht zu behindern befiehlt, übersehen. Von diesen Voraussetzungen allein sprechen die angeführten leg. 16 und 22.

Ganz anders verhält es sich dagegen, wenn bei einem Kauf zwischen Preis und Werth sich eine Werthdifferenz findet, die den ersteren nicht mehr als Aequivalent für das dagegen geleistete Object erscheinen läßt. Wie die Folgen eines Dolus nicht bloß wegen der in ihm liegenden betrüglichen Absicht, sondern noch vielmehr deßhalb ausgeglichen werden, weil sie um ihres Ursprungs willen mit dem Prinzip der aequitas und honestas im Widerspruch stehen, so kann auch eine manifesta iniquitas, wie sie in der unmäßigen Uebertheurung liegt, nicht in ihren Wirkungen anerkannt und beschützt werden. Dieses Prinzip liegt der Bestimmung der const. 2. zu Grunde. Seine Anerkennung tritt nicht der, durch dessen Natur bedingten freieren Anschauung des Verkehrslebens in den Weg, denn die Freiheit des Verkehrs kann zuweilen Unbilligkeiten zur Folge haben, allein sie besteht nicht in der Zulässigkeit derselben, und die Gesetzgebung muß mindestens eher für eine Ausgleichung der aequitas mit der positiven Rechtsregel Sorge tragen, als eine manifesta iniquitas indirect sanctioniren.

Dieser Auffassung zufolge steht schon aus innern Grün-

den die const. 2. im vollständigen Einklang mit den obenangeführten Pandektenstellen, zum Ueberfluß läßt sich dieser auch noch historisch nachweisen. Ganz abgesehen nämlich von dem Umstande, daß alle diese verschiedenen Quellenaussprüche neben einander in die Compilation aufgenommen worden sind, besprechen die Kaiser Diocletian und Maximinian selbst in der const. 8. Cod. h. t. (IV. 44.), die gewissermaaßen eine Erläuterung der const. 2. enthält, das Verfahren bei dem Kauf und Verkauf ganz in derselben Weise, wie es in der l. 16 und 22. cit. geschieht, und Justinian erkennt, nachdem er die const. 2. in seinen Codex aufgenommen hatte, in der Nov. 97 es ausdrücklich an, daß im Handel ein circumscribere stattzufinden pflege.

Noch für bedeutsamer, als die bisher erörterten, gilt eine Stelle, in welcher selbst bei der augenfälligsten und übermäßigsten Verletzung von einer Rescission und Ausgleichung nicht die Rede sein soll:

> l. 78. § 16. Dig. ad S. C. Trebellian. (XXXVI. 1.): Heres ejus, qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit; postea repertis instrumentis apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est: an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit: secundum ea, quae proponerentur, si non transactum esset, posse.

Der Fall, der hier zur Entscheidung vorliegt, ist in folender Weise zu denken: Der Erbe eines Fiduziars, nach dessen Tode die gesammte Erbschaft restituirt werden sollte, liefert den Fideicommissarien nur einen verhältnißmäßig unbedeutenden Antheil der Erbschaft als das Ganze, was sich von

derselben im Nachlaß des Fiduziars vorfinde, aus; später zeigt sich, daß viermal soviel vorhanden gewesen ist, und nun entsteht die Frage, ob jener Erbe auf das Uebrige verklagt werden könne? Scävola antwortet darauf, nach den faktischen Vorlagen sei die Klage zulässig, wenn nicht ein Vergleich abgeschlossen worden sei. Nur durch diesen Zusatz erhält die Stelle für unsere Frage eine Bedeutung, denn die regelmäßige Restitutionspflicht des ganzen Fideicommisses beruht auf andern Gründen als dem Verbot einer laesio enormis.

Auch hier ist nicht der Fall eines Dolus von Seiten des restitutionspflichtigen Erben gesetzt[1]), vielmehr wird supponirt, dieser selbst habe nicht gewußt, daß mehr als das Angegebene von dem Fideicommiß sich in der Erbschaft vorfinde. Ist hierüber ein Transact abgeschlossen worden, so soll auch bei der offenbarsten Unbilligkeit desselben eine spätere Nachforderung nicht zugelassen werden. Diese Bestimmung scheint dem Prinzip der const. 2. allerdings entschieden zu widersprechen, in der That haben wir es aber hier mit einer Eigenthümlichkeit des Vergleichs zu thun, die aus dessen Natur mit Nothwendigkeit hervorgeht. Der genauere Nachweis hierfür läßt sich aber erst weiter unten geben.

Im Gegensatz zu allen diesen Fragmenten pflegt nun von den Juristen der gegnerischen Ansicht, eine Reihe anderer Stellen angeführt zu werden, aus deren Wortlaut schon sich die Möglichkeit einer Rescission wegen laesio enormis ergeben soll. Dieses schon oben getadelte Verfahren würde um Nichts weniger als ein äußerliches zu bezeichnen sein, wenn es auch, unterstützt durch eine nicht zweifelhafte Ausdrucksweise der Quellen, von einem glücklicheren Erfolge gekrönt wäre; es handelt sich hier um den Nachweis, daß den Römern prinzipiell

---

1) l. 9. § 1. 2. Dig. de Transactbs. (II. 15.).

eine manifesta iniquitas bei gewissen Verträgen, besonders bei dem Kauf unzulässig erschien, und dieser Nachweis muß vielmehr durch innere Gründe erbracht, als nur unvollständig durch einzelne, verstreute Fragmente geliefert werden. Sprechen sich, wie es der Fall ist, überdies noch diese zweideutig aus, so ist vollends der Erfolg nur ein sehr unsicherer und wenig geeignet, eine wahre Ueberzeugung hervorzurufen.

Richtiger gewiß ist es, folgenden Weg einzuschlagen. An einigen der hauptsächlichsten Verträge unseres Verkehrs soll die Möglichkeit, daß bei einer in dem Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung ruhenden manifesta iniquitas die Rescission schon nach früherem Recht erfolgen konnte, nachgewiesen, und nur als Belege hierfür, nicht als eigentliche Entscheidungsgründe, welche wegen des unbestimmten Wortlauts als solche in Zweifel gezogen werden könnten, die darauf bezüglichen Quellenstellen angeführt werden.

Noch ist aber im Voraus auf zwei Punkte besonders aufmerksam zu machen. Die Römer sprechen in den Quellen häufig einen Grundsatz aus, dessen Anwendung auf unsere Frage im ersten Augenblick ziemlich nahe zu liegen scheint: Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet [1]). Auf den Umfang und die Bedeutung dieses Satzes genauer einzugehen, ist hier durchaus nicht der Platz, vielmehr findet derselbe eigentlich nur um deßwillen eine Erwähnung, weil er gleich anfänglich als nicht hierher gehörig zurückgewiesen zu werden verdient. Es kann nicht leicht etwas Gefährlicheres geben, als mit einem Prinzip, das eben seinem Ursprung nach außerhalb des Gebiets des positiven Rechts steht, eine concrete Frage des letzteren entscheiden zu wollen; es ist überdies ein Mißverständniß, zu glauben, daß jene Parömie: Niemand

1) l. 14. Dig. de Cond. ind. (XII. 6.), l. 206. Dig. de R. J. (L. 17.).

soll sich mit dem Schaden eines Andern bereichern, unbedingt für die Römischen Juristen ein directer Entscheidungsgrund selbst für diejenigen Fragen gewesen sei, bei deren Beantwortung wir sie in den Quellen hinzugefügt finden. Wo die Consequenz des Rechts eine nicht mit diesem Aequitätsprinzip übereinstimmende Bestimmung forderte, finden wir, wie sich in mehr als einem Falle nachweisen läßt, auf dasselbe keine Rücksicht genommen; wo eine Collision zwischen ihm und dem positiven Recht nicht stattfand, da waren es meistens innere Gründe, welche die ihm entsprechende Entscheidung herbeiführten, und die Berufung auf die Billigkeit ist häufig mehr eine elegante Form, als die Angabe des materiellen Grundes.

Dagegen finden wir im Römischen Recht für gewisse Verhältnisse eine Anschauung anerkannt, und mit rechtlichen Folgen versehen, die ebenfalls in vielfacher Beziehung das Prinzip der Billigkeit als maaßgebend betrachtet, allein dies in einer jedes subjective und willkührliche Ermessen derselben ausschließenden Weise thut. Rechtsverhältnisse, die ihrem Wesen nach auf Treu und Glauben der Partheien basirt waren, stellten die Römer weniger unter strenge Rechtsbestimmungen, als vielmehr unter den Schutz des Herkommens und der Sitte. Eine Folge dieses Anerkenntnisses war, daß bei der Beurtheilung solcher Verträge der Richter nicht nach dem Buchstaben des positiven Rechts, sondern nach denjenigen Grundsätzen Recht sprach, die sich durch die gemeinsame Ueberzeugung des Volks für diese Punkte gebildet hatten [1]). Hier — bei den **bonae fidei contractus** — tritt ebenfalls die **aequitas** bestimmend und modicifirend auf, allein der wesentliche Unterschied

1) l. 31. § 20. Dig. de Aed. edict. (XXI. 1.). Im Allgemeinen ist zu vergleichen die meisterhafte Darstellung von von Savigny, System Bd. V. Beilage XIII.

zwischen diesem Verhältniß und der Anwendung des oben angegebenen naturrechtlichen Prinzips beruht darin, daß hier der einzelne Satz, der aus dem jus aequum fließt, eingeführt wird durch die allgemeine Ueberzeugung, die ihn als herkömmliches Recht bezeichnet [1]), und daß der judex nicht willkührlich nach dem, was ihm billig erscheint, sondern nach dem, was die Sitte als recht und billig erkannt hat, urtheilt.

Bei dieser Auffassung gewisser Verhältnisse, und bei der Freiheit, die hier hinsichtlich der Beurtheilung dem Richter gelassen war, ist es begreiflich, daß wir bei der Frage, ob die Rescission eines Vertrags wegen offenbarer Unbilligkeit als möglich angesehen wurde, uns an die bonae fidei contractus halten, wie denn ja auch der Kauf zu derartigen Geschäften gehört. Die Berücksichtigung einer iniquitas ist ohne besondere rechtliche Veranlassung, welche als Klaggrund zur Ausgleichung derselben dienen könnte, nur da zu erwarten, wo auf die aequitas Rücksicht zu nehmen in dem officium judicis liegt; dies ist das Characteristische für jene Verträge, andere Geschäfte können demnach gar nicht in Betracht kommen.

Allein auch unter den bonae fidei contractus ziehen nur diejenigen unsere Aufmerksamkeit auf sich, bei denen durch Verpflichtung zu einer ihrer Höhe nach bestimmten Gegenleistung eine iniquitas sich herausstellen kann. Bei den übrigen Verträgen Consequenzen der aequitas nachzuweisen, welche die Berechtigung von einem abgeschlossenen Geschäft wieder abzugehen betreffen, würde zwar ebenfalls nicht schwer fallen; die Erlaubniß, das schon übernommene Mandat in gewissen Fällen wieder aufzugeben [2]), die Berechtigung des Commodanten, vor

1) Der Satz: Nemo cum damno. etc. beruht ebenfalls auf der allgemeinen Ueberzeugung, nicht so aber jedesmal seine Anwendung im concreten Fall.

2) l. 22. § ult. l. 23. 24. Dig. Mandati (XVII. 1.).

beendigtem Gebrauch die geliehene Sache zurückzufordern, sobald er ihrer selbst dringend bedarf[1]), würden dahin zu rechnen sein; allein diese Fälle bieten für die Bestimmung der const. 2. deßhalb keine Analogie, weil bei ihnen sich die aequitas aus einem anderweitigen Grunde, nicht aber wegen der Unverhältnißmäßigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung geltend macht. Dagegen kommen mit Recht hier in Betracht:

1) Die Bestimmungen bei der Societät. Der Nachweis, daß im Römischen Recht eine möglichste Gleichstellung der Gesellschafter angestrebt wurde, ist an sich nicht schwer zu erbringen. Dennoch darf, je mehr darauf ankommt, dieselbe zweifellos darzustellen, um so weniger ein Punkt übergangen werden, in welchem eben eine absolute Gleichstellung den Character einer Unbilligkeit anzunehmen scheint.

In l. 29. pr. Dig. Pro socio (XVII. 2.) heißt es: wenn nicht ein besonderes Abkommen getroffen worden sei, wären die Socii zu gleichen Theilen berechtigt[2]), die Möglichkeit eines solchen Abkommens, demzufolge dem Einen zwei oder drei Theile zufallen, während der Andere nur einen Theil erhält, soll aber von dem Umstande abhängen, ob die Einzelnen in demselben Verhältniß inferirt haben. Eben dasselbe bestätigt die l. 6. Dig. eod., wo Pomponius sagt:

> — et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit.

In der That erscheint die absolute Bestimmung gleichmäßiger Antheile, die hier als Regel aufgestellt wird, vielmehr

---

1) arg. const. 3. Cod. de Locat. et cond. (IV. 65.).

2) Ulpian: Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat.

als eine Ungleichmäßigkeit, und man könnte es der Aequitätsrücksicht für entsprechender halten, wenn die Ausnahme zur Regel erhoben, diese zur Ausnahme gemacht worden wäre. Daß die Römer diese möglicher Weise hervortretende Unebenheit auch nicht verkannt haben, zeigt eben jene l. 6., wo es als dem **arbitrium boni viri** entsprechend bezeichnet wird, die Antheile nach Verhältniß des Zuschusses und der Leistung der einzelnen Socii zu bestimmen [1]). Dennoch würde es ein irriger Schluß sein, wollte man annehmen, daß bei Festsetzung der **aequae partes** als Regel, das Prinzip der Gleichstellung der Partheien absichtlich, oder auch nur wissentlich außer Augen gelassen worden sei [2]).

Der Grund dieses Mißverständnisses ruht vorzugsweise darin, daß man bei dem ganzen Verhältniß immer stillschweigend an unsere Handelsgesellschaften denkt, und deren faktische Voraussetzungen zum Maaßstab der Beurtheilung nimmt. In der That waren aber die Umstände der concreten Fälle, in denen bei den Römern eine **societas** abgeschlossen wurde, und noch mehr die Leistungen, zu denen sich die Theilhaber verpflichteten, so verschieden, daß man, bei der großen Schwierigkeit, eine überall entsprechende Rechtsbestimmung zu treffen, einerseits sich darauf verlassen mußte, die Interessenten würden selbst die Gleichmäßigkeit wahren, andrerseits es als das Vernünftigste erschien, für die häufig schwer zu taxirenden Prä-

---

1) Vergl. l. 80. Dig. eod. (XVII. 2.).

2) Das trivialste und oberflächlichste Auskunftsmittel zur Beseitigung der hier vorliegenden Schwierigkeit ist die Annahme, daß aequae partes soviel bedeute wie: verhältnißmäßige Antheile. Glück: Bd. XV. S. 405. Treitschke: Die Lehre von der Gewerbegesellschaft. S. 110. u. A. Vergl. dagegen: von Vangerow: Pandekt. Bd. III. S. 458. Sintenis: Civil-Recht. Bd. II. S. 707. Not. 35. Unterholzner: Schuldverhältnisse Bd. II. S. 382. Puchta: Pandekt. § 370.

stationen durchschnittlich festzusetzen, der Eine habe ebensoviel geleistet, sei also zu ebensoviel berechtigt, wie der Andere. Wo dies nicht der Fall war, wurde ein besonderes Abkommen auf eine anderweitige Vertheilung abgeschlossen, ja dies erschien so natürlich, daß, wie die l. 6. bezeugt, der Dritte, der nach seinem Arbitrium die Antheile bestimmen soll, darauf besondere Rücksicht nehmen muß.

Die Richtigkeit dieser Anschauung wird nun überdies noch durch den ganzen weiteren Inhalt der l. 29. bestätigt.

Schon die Wortfassung bei der Frage, und die Frage selbst, ob ein Pactum neben der Regel zulässig erscheine, deutet darauf hin, daß dies vielleicht deßhalb zu bezweifeln wäre, weil gerade ein solcher Nebenvertrag eine Unverhältnißmäßigkeit festsetzen könne. Ebenso spricht für uns der §. 1., wo es heißt: es könne ausgemacht werden, daß ein socius allein den Schaden trage, der Gewinn aber gemeinschaftlich werde, denn es wird dies nur dann zugelassen, wenn der eine Gesellschafter seine Befreiung von dem Schaden durch eine höhere Bemühung oder dadurch bezahlt, daß er allein eine gewisse anstrengende oder gefährliche Thätigkeit übernimmt. Unter dieser Voraussetzung würde es wieder unverhältnißmäßig sein, wenn er auch noch den möglichen Schaden tragen helfen sollte.

Am deutlichsten endlich tritt die Beobachtung der Gleichstellung beider Partheien erstens in dem Verbote der sog. societas leonina hervor, die, um jeden Zweifel über dessen Ursprung zu heben, Ulpian in § 2. ein iniquissimum genus societatis nennt, und zweitens in der Bestimmung der l. 79. Dig. eod. (XVII. 2.)[1]. Wie wir schon aus der l. 6. cit.

---

1) Auf § 2. J. de Societ. (III. 25.) und l. 30. Dig. eod. soll absichtlich deßhalb keine Rücksicht genommen werden, weil ihr Verhält-

ersahen, kann die Bestimmung der Antheile an Gewinn und Verlust für die einzelnen Gesellschafter dem Arbitrium eines Dritten überlassen werden. Von diesem Arbitrium sagt Proculus in l. 76 und 78, es müsse das Arbitrium eines vir bonus sein, eine unbedingte Verpflichtung, sich dem Ausspruch des Dritten zu unterwerfen existire nicht, und nun fügt Paulus in l. 79 hinzu:

> Unde si (Nervae) arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei.

Man hat auf diese Stelle von jeher ein entscheidendes Gewicht gelegt, und sie als vollständig beweisend für die Möglichkeit der Rescission eines Vertrags wegen schwerer Verletzung angesehen. Hiermit behauptet man zuviel, denn offenbar soll durch das judicium bonae fidei hier keine Auflösung eines Vertrags, sondern nur eine Modification desselben bezweckt werden. Noch weniger kann man sagen, daß die const. 2. mit diesem Ausspruch des Paulus auf einer Linie stehe, denn begreiflicherweise ist es etwas ganz Anderes, wenn auctoritate judicis intercedente ein fest abgeschlossener Vertrag rescindirt wird, als wenn bei dem Abschluß eines Vertrags, das officium judicis die noch nicht gültig bestimmten Bedingungen (denn an das arbitrium, sofern es nicht boni viri war, sind nach l. 76 und 78 die Contrahenten noch nicht gebunden) festsetzen soll.

Bedeutungsvoll ist dagegen aber allerdings das in der l. 79 cit. ausgesprochne Anerkenntniß, daß gegen eine manifesta iniquitas durch das bonae fidei judicium eine Abhülfe gewährt wurde. Von der l. 79. bis zu der const. 2. war

---

niß zu einander streitig ist. Dagegen ist auch noch zu verweisen auf Ulpian's Worte in l. 63. eod.: Societas jus fraternitatis in se habet.

noch ein großer Schritt; aber ein gemeinschaftliches Moment haben sie: das der Abwehr einer durch Unverhältnißmäßigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung hervorgerufenen Iniquität.

2) In gleicher Weise wie bei der Societät gilt die Bestimmung der l. 79. auch bei der locatio conductio operis. Wenn die Begutachtung der verdungenen Arbeit dem Miethherrn selbst oder einem Dritten überlassen werden soll, so wird dabei doch immer ein arbitrium boni viri vorausgesetzt. Dies spricht Paulus in l. 24 pr. Dig. Locati (XIX. 2.) aus, und führt deßhalb als Beispiel eines Arbitrii, wie bei der Societät verlangt würde, in l. 77. Dig. pro socio an:

> Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.

Der Zusammenhang, in welchem dieses Fragment steht, läßt keinen Zweifel zu, daß die nachfolgende l. 79. auch auf das Verhältniß der Miethe mit zu beziehen ist.

3) Das Moment der Gleichstellung für alle Partheien wird ferner auch gewahrt bei den der actio pro socio mehrfach verwandten Theilungsklagen. Unter den vielen hierauf bezüglichen Bestimmungen ist besonders hervorzuheben die in l. 10 § 2. Dig. Com. divid. (X. 3.) ebenfalls von Paulus ausgesprochne:

> In communi dividundo judicio justo pretio rem aestimare debebit judex, et de evictione quoque cavendum erit.

In diesen Worten ist gesagt, daß die Festsetzung eines pretium justum für das Theilungsobject in dem officium judicis enthalten sei, und wegen dieses Anerkenntnisses verdienen dieselben hier angeführt zu werden. Will man dagegen die l. 10 cit. in directe Beziehung zu der const. 2. setzen, so läßt man sich dabei von dem äußeren Umstand täuschen, daß in ersterer ein pretium justum als Requisit erwähnt wird.

Wenn der Iudex bei der Theilung den wahren Werth des Objects zu Grunde legen soll, so berechtigt dies an sich noch nicht zu der Annahme, daß er auf denselben auch dann Rücksicht nehmen müsse, wenn z. B. bei einem Kauf die Partheien über einen nicht äquivalenten Preis übereingekommen sind.

Eine andere Anschauung dieses Verhältnisses wird auch nicht gerechtfertigt durch die **const. 3. Cod. Com. divid. (III. 37.)**, die, als von Alexander, dem Zeitgenossen des Paulus, herrührend, gleich hier eine Erwähnung finden mag.

Der Kaiser spricht im Allgemeinen über das Officium des Arbiter bei Theilungen, und ordnet speziell Folgendes an: Wenn eine reelle Theilung der Grundstücke nach den Verhältnissen unthunlich erscheint, so soll dem einen Interessenten für einen entsprechenden Preis das Eigenthum an dem Ganzen adjudicirt werden, und zwar soll es hierbei darauf ankommen, wer das höchste Gebot thut. Nun kann aber auch der Fall eintreten, daß einer der Miteigenthümer zu arm ist, die Sache nach ihrem wahren Werthe zu bezahlen, so daß dann der Andere dieselbe um einen geringen Preis an sich bringen kann. Dieses Mißverhältniß zu verhüten, und um Letzteren zu zwingen, ein entsprechendes Gebot zu thun, soll der Richter noch einen dritten Licitanten zulassen.

Gewiß thut man dieser Constitution zu viel Ehre an, wenn man in ihr die Spur einer Rescission **propter laesionem enormem** findet. Das Neue an ihr ist die Bestimmung, daß ein **extraneus emtor** zugezogen werden soll; es liegt aber auf der Hand, daß dies nicht deßhalb, weil der Iudex einen Verkauf um einen zu niedrigen Preis für rescissibel hält, sondern lediglich zur Wahrung des in der **l. 10.** ausgesprochnen Grundsatzes geschieht, also nur ein neues Mittel zur Erreichung eines längst anerkannten Zwecks ist.

4) Das Verhältniß zwischen Mann und Frau hinsichtlich

der Dos steht ebenfalls unter dem Schutz der bona fides, denn die rei uxoriae actio war bonae fidei, und der actio ex stipulatu ist diese Qualität besonders beigelegt worden [1]. Dies und die Berechtigung des Judex, bei dem Dotalverhältniß das bonum et aequum in Betracht zu ziehen, spricht sich mit unzweideutigen Worten aus in der

l. 6 § 2. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.): Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam majori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono et aequo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.

Eine besonders interessante Anwendung dieses Grundsatzes findet sich aber in

l. 12 § 1. eod.: Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, utputa servum, si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit non tantum in hoc, quod minoris aestimavit, in eo actura est, ut servus sibi restituatur; enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam aestimationem an potius servum praestet.

Der Fall ist folgender: Eine Frau ist bei der Dosbestellung dadurch übervortheilt worden, daß sie eine Sache, die mehr werth war, für eine zu geringe Schätzungssumme angerechnet hat. Hier kommt es darauf an: wollte die Frau eine bestimmte Summe inferiren, und gab einen Sklaven, von dem sie glaubte, daß sein Werth jene Summe repräsentire, so kann sie, wenn es sich nachmals herausstellt, daß der Sklave mehr werth war, denselben zurückfordern; wollte sie aber den Sklaven selbst als Dotalgegenstand inferiren, und hat ihn zu nied-

1) § 29. J. de Actionib. (IV. 6.).

rig angerechnet, so steht es bei dem Mann, ob er den Sklaven oder den wahren Werth desselben restituiren will. Nur in dem letzteren Fall kann dem Mann diese alternative Berechtigung gegeben werden, denn in dem ersteren hat die Frau in der That mehr inferirt, als sie wollte; es muß mithin das Object selbst zurückerstattet werden.

Bei Beurtheilung der Bedeutung, welche diese Aussprüche des Pomponius und Ulpian für unsere Frage haben, soll nicht verkannt werden, daß das Verhältniß bei der Dos ein vielfach bevorzugtes ist; immerhin wird aber in jenen Stellen anerkannt, einmal, daß bei einer **iniquitas** auch dem Großjährigen das **officium judicis** zu Hülfe kommt, und zweitens, daß dies bei einer Verletzung durch den bestimmten Preis im Fall einer **dos venditionis causa aestimata** geschieht, wo die Römer einen Verkauf annahmen [1]). Endlich ist auch nicht zu übersehen die Aehnlichkeit der Berechtigung des Ehemanns mit der in **const. 2.** anerkannten des Käufers, statt der Sache das **justum pretium** leisten zu dürfen.

5) Ganz vorzüglich kommen endlich in Betracht die Bestimmungen bei dem Kauf. Es ist hier nicht der Ort, eine historisch-dogmatische Darstellung der Römischrechtlichen Grundsätze über die gegenseitigen Verpflichtungen des Käufers und Verkäufers zu geben; unsere Aufgabe beschränkt sich auf die Untersuchung, ob schon früher wegen einer offenbaren Iniquität hinsichtlich des Preises ein Anspruch zu deren Ausgleichung gegeben, vielleicht sogar eine Rescission des Geschäfts dieserhalb für möglich gehalten wurde, so daß die Bestimmung der **const. 2.** nicht als etwas Neues und Singuläres erschien.

Als nicht hierher gehörig ist zunächst die Verpflichtung des Verkäufers zur Evictionsleistung zurückzuweisen. Bei flüch-

---

1) **l. 10 § 5. Dig. de jure dot. (XXIII. 3.).**

tiger Betrachtung könnte man sich zu der Annahme verleiten lassen, daß schon die Verbindlichkeit des Verkäufers, bei totaler oder vorzüglich bei partieller Eviction Ersatz zu leisten, auf dem Prinzip beruhe, daß eine Unverhältnißmäßigkeit zwischen Preis und Kaufobject nicht zulässig sei. So unverkennbar es ist, daß bei Entscheidung der einzelnen Fragen über Evictionsverbindlichkeit eine Betrachtung des Verhältnisses ex bono et aequo untergelegen hat [1]), so ist die Haftung wegen Eviction doch immer nur das Resultat des Grundsatzes, daß insoweit der Kaufpreis nicht geliefert zu werden braucht, oder zurückgefordert werden kann, als das Kaufobject nicht prästirt worden ist. Nicht die Unverhältnißmäßigkeit des Preises zum Object, die sich überhaupt auch nur bei partieller Eviction denken läßt, begründet den Anspruch, sondern der Umstand, daß ein Kaufpreis für Etwas bezahlt worden ist, quod habere non licet.

Unter einen andern Gesichtspunkt fällt dagegen die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen heimlicher Mängel [2]).

Schon nach dem Civilrecht haftet, dem Grundsatz der bona fides gemäß, der Verkäufer wegen derjenigen Mängel des Kaufobjects, die er wissentlich verschwiegen oder für deren Nichtexistenz er die Garantie übernommen hat. Diese Haftung, die mit der actio emti realisirt wurde, sollte man glauben, habe den Ansprüchen des Verkehrs genügt, da der Käufer völlig geschützt war, sobald er sich Fehlerfreiheit versprechen ließ; allein häufig mochte dies versäumt werden, und eben deßhalb erschien das Prätorische Edict gerechtfertigt, welches bei dem Verkauf von Sklaven und Thieren (bei welchen Kauf-

---

1) l. 15 § 1., l. 29. Dig. de evict. (XXI. 2.).

2) Vgl. Unterholzner: Von dem Verkauf mangelhafter Sachen. Archiv Bd. VI. Nr. 3. v. Vangerow Bd. III. § 609.

objecten heimliche Fehler zum Schaden des Käufers besonders in Betracht kamen) wegen gewisser Mängel eine Haftung des Verkäufers in jedem Fall aussprach, wenn nicht dieselben so zu Tage lagen, daß sie ohne eine bedeutende Nachlässigkeit des Käufers nicht zu übersehen waren. Als Grund dieses Edicts hat man sich nicht die Absicht zu denken, einem betrügerischen Handeln des Verkäufers entgegenzutreten; sein Zweck ist lediglich, den Käufer zu schützen. Dies bezeugt deutlich Ulpian, indem er einmal die Haftungspflicht für den Verkäufer auch dann anerkennt, wenn dieser selbst die Fehler nicht gekannt hat, außerdem aber in l. 1 § 2. Dig. de Aedilic. edict. (XXI. 1.) sagt: neque interest emtoris cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate [1]).

Was nun die hieraus für den Käufer entspringende Berechtigung anbetrifft, so steht demselben erstens die actio redhibitoria zu, welche die Auflösung des ganzen Vertrags zur Folge hat, ferner die quanti minoris actio aestimatoria, bei welcher der Vertrag bestehen bleibt, aber eine entsprechende Ermäßigung des Kaufpreises eintritt. Neben beiden Klagen war bei einer Verpflichtung nach Civilrecht noch die actio emti zulässig, die ursprünglich und regelmäßig auf das gesammte Interesse ging, späterhin aber unter Vermittelung der Römischen Jurisprudenz sich den Bedingungen des Edicts insofern anschloß, als sie, dem venditor ignorans gegenüber, möglich geworden, wie die quanti minoris actio auf die vera aestimatio gerichtet war [2]).

1) Die ersten Worte des § 2: Causa hujus edicti proponendi est, ut occuratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, könnten einen Zweifel lassen, welches der beiden erwähnten Momente das entscheidende war. Die nachfolgende Rechtfertigung Ulpian's, daß in der Haftung des Verkäufers keine iniquitas liege, bezeichnet als solches das zweite.

2) v. Vangerow a. a. O. S. 302.

Wenn wir nun für alle diese Bestimmungen des Aedilicischen Edicts und die Einwirkungen, die dasselbe auf das Civilrecht äußerte, die Frage aufwerfen: welcher Zweck durch sie hat realisirt werden sollen? so ergiebt sich fast mit Evidenz als letzter Grund derselben die Absicht, bei einem Geschäft, das vorzugsweise unter dem Schutz der **bona fides** stand, die Unverhältnißmäßigkeit auszugleichen, welche zwischen den gegenseitigen Leistungen dadurch hervortreten konnte, daß wegen werthverringernder Mängel Preis und Waare einander nicht mehr entsprechen. Hiermit stimmt überein: erstens, daß auch der **ignorans venditor** verbindlich wird. Es kommt nicht darauf an, daß er betrogen hat, sondern daß der Käufer, wenn auch unabsichtlich, betrogen worden ist. Hätte man der beim Kauf einer Sache vorhandenen Täuschung, nicht insofern ihr der Käufer unterlag, sondern weil sie von dem Verkäufer verübt wurde, entgegentreten wollen, so wäre Letzterer nicht sogar dann zu verpflichten gewesen, wenn ihm die Mängel unbekannt waren, und sind wir hierdurch gezwungen, die erstere Absicht als zu Grunde liegend zu betrachten, so kann darüber ein Zweifel nicht mehr sein, daß den eigentlichen Anstoß der nach Entdeckung der Fehler unverhältnißmäßige Preis erregte. Zweitens: der Anspruch des Käufers fällt weg, wenn der Fehler später gehoben wird [1]; hier bedarf es keiner Hülfe, weil die anfängliche Iniquität sich später von selbst ausgleicht. Endlich geht die Klage entweder auf Zurücknahme des Kaufobjects und somit Auflösung des Geschäfts, oder auf eine Herabsetzung des Kaufpreises, und zwar soll durch die **quanti minoris actio** eben ein verhältnißmäßiger Kaufpreis bestimmt werden [2]. Führt der gerügte Fehler bis zur Werthlosigkeit

1) l. 16. Dig. de Aedilic. edict. (XXI. 1.).

2) l. 38 pr. Dig. eod. — vel quo minoris, quum venirent, fue-

des Kaufobjects, so kann, selbst wenn **quanti minoris** geklagt worden ist, dennoch der Juder **ex officio** auf Redhibition erkennen [1]).

Das Resultat aus dieser Betrachtung ist folgendes: Der schon bei andern Verträgen nachgewiesene Grundsatz, daß eine **manifesta iniquitas** bei Bestimmung der Leistung und Gegenleistung unter den Partheien nicht zugelassen werden dürfe, tritt beim Kauf in einer dessen Natur entsprechenden Gestalt zunächst insofern auf, als eine Unverhältnißmäßigkeit zwischen Preis und Waare, die aus der qualitativen Beschaffenheit der letzteren hervortritt, berücksichtigt und ausgeglichen wurde. Nur kommt dieser Schutz, den die **bona fides** gewährte, hier in Wegfall, sobald der Benachtheiligte wissentlich oder in Folge einer Nachlässigkeit in die ungünstige Stellung gerathen war. Während bei der Societät eine offenbare Iniquität in keinem Fall geduldet wird, ist der Käufer nicht klagberechtigt, wenn er die Mängel kannte oder ihrer Beschaffenheit nach kennen mußte [2]).

So ist also bis jetzt die Berücksichtigung der Unverhältnißmäßigkeit zwischen Preis und Waare nur für den Fall, wenn dieselbe sich durch Mängel der letzteren herausstellte, und

---

rint, in annum judicium dabimus, § 13. eod. l. 61. Dig. eod., l. 13 pr. Dig. de Actbs. emt. (XIX. 1.).

1) **l. 43 § 6. Dig. de A. E. (XXI. 1.).** Eine gewisse Verwandtschaft der ädilitischen Klagen mit der const. 2. erkennt auch Puchta: Vorlesungen § 364 a. E. an. Die Ansicht, daß der Käufer aus der c. 2. nicht berechtigt sei, rechtfertigt er nämlich dadurch: daß der Käufer schon durch die ädilitischen Klagen geschützt sei. Von einem andern Standpunkt aus thut dies auch das Preuß. Landrecht. Es nimmt nämlich sowohl bei der laesio enormis, als auch bei der Voraussetzung gewisser Eigenschaften einen den Vertrag entkräftenden Irrthum an. Th. I. Tit. 4. § 77. Th. I. Tit. 11. § 59.

2) **l. 48 § 4., l. 51. Dig. de Aed. edict. (XXI. 1.).**

nur wenn der Käufer durch seine Unkenntniß wirklich getäuscht wurde, nachgewiesen worden. Es entsteht nunmehr die Frage, ob jenes Prinzip auch bei einer anderweitigen, nicht durch fehlerhafte Beschaffenheit der Sache begründeten Unverhältnißmäßigkeit des Preises zu dem Kaufobject anerkannt worden ist? und zweitens, ob man den Grundsatz der Aequitas auch da aufrecht erhielt, wo eine Täuschung der einen Parthei nicht vorkam? —

Ueber die erstere Frage erhalten wir einen bedeutsamen Aufschluß in der l. 16. 17. Dig. de contrab. emt. (XVIII. 1.):

> l. 16 cit.: Suae rei emtio non valet, sive sciens, sive ignorans emi; sed si ignorans emi, quod solvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit. § 1. Nec tamen emtioni obstat, si in ea re ususfructus duntaxat ementis sit,
>
> l. 17: O f f i c i o t a m e n j u d i c i s p r e t i u m m i n u e t u r.

Kauft Jemand seine eigene Sache, so gilt das ganze Geschäft nicht; wenn aber der Usufructuar diejenige Sache kauft, an der ihm, ohne daß er es weiß [1]), der Ususfructus zusteht, so ist der Kauf gültig, es soll jedoch, wenn der Preis ohne Rücksicht auf den Niesbrauch bestimmt wurde, der Judex ex officio denselben herabsetzen. In diesem Fall tritt ein Mißverhältniß zwischen Preis und Waare dadurch ein, daß der Käufer, ohne daß ein Evictionsanspruch denkbar wäre, nicht so viel erhält, als er erwartet; auch diese Unverhältnißmäßigkeit

---

1) Man könnte annehmen, daß in jenen Stellen das Nichtwissen des Käufers keine Voraussetzung ist. Diese Erklärung soll weniger um des undeutlichen Wortlauts willen, als vielmehr deßhalb nicht angenommen werden, weil dann das Prinzip der const. 2. schon hier von P a u l u s ausgesprochen wäre, was aus weiter unten erörterten Gründen nicht zu glauben ist.

auszugleichen, wird als eine Aufgabe des officium judicis angesehen.

Was dagegen die zweite Frage betrifft: ob auch bei einer ohne Selbsttäuschung eingegangenen manifesta iniquitas eine Abhülfe für die letztere geboten war? so haben wir vor der const. 2. keine Spur einer sie betreffenden Bestimmung. Nach den Verordnungen des Aedilicischen Edicts und der l. 16. und l. 17 cit. wäre es ein Schritt natürlicher Fortbildung des ursprünglichen Prinzips gewesen, wenn man dem Käufer eine quanti minoris actio auch bei einer nicht durch Fehler des Objects herbeigeführten immodica laesio gewährt hätte; ein andres Auskunftsmittel würde gewesen sein, in Gemäßheit der bei der Dos schon anerkannten Grundsätze dem Verkäufer, zuerst vielleicht, wenn er über den Werth der verkauften Sache sich in einem entschuldbaren Irrthum befunden hätte, nachher in jedem Fall einer übermäßigen Verletzung, einen Anspruch zu geben. Allein weder diesen, noch irgend einen andern Entwicklungsgang hat das Römische Recht hier genommen; der nur allmählich fortschreitenden Rechtsansicht griffen die Kaiser Diocletian und Maximian vor durch die

const. 2. Cod. de rescind. vend. (IV. 44.): Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

Der Fall war folgender: Es hatte Jemand ein Grundstück für einen dem Werth in keiner Beziehung entsprechenden Preis verkauft; der Verkäufer oder dessen Sohn war an sich nicht klagberechtigt; dennoch wendete er sich an die Kaiser mit der Anfrage, ob ihm nicht geholfen werden könne? denn schon

längst war es als allgemeines Prinzip anerkannt worden, daß die bona fides beim Kauf zu berücksichtigen sei, und daß Diocletian und Maximian einer freien Anwendung dieses Grundsatzes nicht abgeneigt waren, bezeugt ihre const. 3. Cod. communia utriusque judicii (III. 38.):

> Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur [1]).

Auf diesen Umstand, daß die const. 2. ein Rescript ist, soll nicht, wie es bisher üblich war, deßhalb ein Gewicht gelegt werden, um daraus die Berechtigung zu einer extensiven Interpretation derselben abzuleiten; er darf nur aus dem andern Grunde nicht übersehen werden, weil lediglich unter der Voraussetzung, daß den Kaisern ein einzelner Fall zur Entscheidung vorgelegt war, die völlig einseitige Fassung ihrer Verordnung zu erklären ist. Dem an sich nicht mißzuverstehenden Wortinhalt nach wird lediglich dem Verkäufer bei einer Verletzung über die Hälfte die Berechtigung zur Rescission des Kaufs ertheilt, wenn sich nicht der Käufer zu einer entsprechenden Nachzahlung verstehen will. Hervorzuheben sind hierbei zwei Punkte. Erstens: die Normirung der manifesta iniquitas auf eine laesio ultra dimidium, zweitens: das dem Käufer vorbehaltene Recht, dennoch den Kauf aufrecht zu erhalten. Daß das Erstere eine Nothwendigkeit war, um Mißverständnissen vorzubeugen, zeigt am Besten der Umstand, daß, wie wir weiter unten sehen werden, selbst jene Bestimmung dies völlig zu thun nicht im Stande gewesen ist. Mit der

1) Eine größere Bedeutung, als hier geschieht, kann der const. 3. cit. deßhalb nicht beigelegt werden, weil wir nicht wissen, ob sie vor oder nach der const. 2. erlassen worden ist.

letzteren Anordnung suchten die Kaiser an das frühere Recht anzuknüpfen. Bei dem Verkauf fehlerhafter Sachen war bei entsprechender Preisermäßigung (freilich abhängig von dem Willen des Käufers) der Kauf aufrecht erhalten worden, bei einer falschen Taxation eines Dotalgegenstandes und dem hieran sich knüpfenden Rückforderungsrecht der Frau konnte der Mann für das **justum pretium** die Sache behalten.

Es ist gestritten worden: ob die **const. 2.** auch bei dem Verkauf beweglicher Sachen Anwendung finden könne? Dieser Streit ist aus der Sucht, bei der Interpretation jener Stelle Controversen zu häufen, entstanden, denn die Anfangsworte: **Rem majoris pretii et q. s.** geben die Entscheidung. Diejenigen, welche in der **const. 2.** eine durchaus singuläre Verordnung erblicken, und deßhalb eine stricte Auslegung und eine Beschränkung derselben auf den Verkauf eines **fundus** verlangen [1]), können sich nicht beklagen, wenn man ihnen den speziellen Wortausdruck entgegenhält.

Man hat ferner gefragt: ob der Verkäufer auch dann das Rescissionsrecht habe, wenn er wissentlich unter dem Werth verkaufte? Viele läugnen dies mit dem Bemerken, daß dann um so mehr eine Schenkung anzunehmen sei, als Schenkungen nach neurem Römischen Recht auch durch stillschweigende Einwilligung geschehen könnten [2]). Andere setzten ohne Weiteres voraus, daß

---

1) **Cujas: Observat. lib. XVI. cap. 18. Robert: Animadvers. jur. civil. lib. II. cap. 12. Müller: Observ. ad Leyser. Tom. II. Fasc. II. Obs. 425.**

2) Glück Bd. XVII. S. 81. und die dort Angeführten. Ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 30. Decb. 1845 (Seuffert: Archiv Bd. III. Heft II. S. 185) nimmt an, die Rescission falle nach Röm. Recht immer alsdann hinweg, wenn der verletzte Theil bei dem Abschlusse des Vertrags selbst die thatsächlichen Verhältnisse kannte, woraus seine Verkürzung hervorging, und sich freiwillig darüber hinwegsetzte. Als Argument wird hierfür die **const. 11. Cod. h. t. (IV.**

die const. 2. von einem Nothverkauf spreche, in welchem Fall an eine Schenkung nicht zu denken sei, und lassen deßhalb die Rescission in jedem Fall zu [1]).

Was zunächst die Ansicht betrifft, daß Diocletian und Maximian nur einen in der Noth abgeschlossenen Verkauf im Sinn hatten, so findet dieselbe in keinem Wort der const. 2. eine Unterstützung; die Anhänger derselben machen sich des nämlichen Mißverständnisses schuldig, das in der const. 12. Cod. eod. von den Kaisern gerügt wird [2]).

Dagegen ist die Meinung, der Verkäufer habe, wenn er wissentlich zu billig verkaufte, schenken wollen, und sei deßhalb nicht klagberechtigt, ebenso irrig [3]). Es kann ein Kaufpreis nur dicis causa bestimmt, in der That aber eine Schenkung beabsichtigt worden sein; in diesem Fall mangelt es an einem pretium verum, das Geschäft ist kein Kauf, sondern eine Schenkung [4]). Es kann zweitens ein wirklicher Kauf abgeschlossen, jedoch donationis causa der Preis niedrig gestellt werden, und dann ist der

---

44.) angeführt, allein jede genauere Interpretation dieser Stelle ergiebt, daß sie von einem völlig verschiedenen Rechtsverhältniß handelt.

1) Pinelus: Comment. Pars I. cap. I. nr. 10. Faber: Error. Pragmat. Decad. VIII. err. 7. Lauterbach: Colleg. theor.-pract. h. t. § 19. Müller ad Struvium Exercit. XXIII. Th. 88. not. α. und Andere.

2) Den durch die Noth herbeigeführten Zwang für den Verkäufer legt seiner Anschauung zu Grunde der Code civil Art. 1574—84. Vgl. Maleville: Commentar, herausgegeben von Blanchard Bd. III. S. 406 folgd.

3) Das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. XI. § 59. 60. setzt nicht die Absicht zu schenken, wohl aber einen Irrthum voraus, der bis zu seiner anderweitigen Widerlegung präsumirt wird. Das Oesterreich. Gesetzbuch Th. II. Hauptstück XVII. § 935. läßt bei Bekanntschaft mit dem wahren Werth die Rescission nicht zu.

4) l. 36. Dig. de contrahd. emt. (XVIII. 1.), c. 3. 9. Cod. eod. (IV. 38.).

Kauf mit einer Schenkung verbunden [1]. Möglich ist aber auch drittens, daß eine Sache wissentlich unter dem Werthe verkauft wird, ohne daß der Verkäufer die Absicht hat zu schenken, und völlig ungerechtfertigt erscheint es dann, diese zu präsumiren. Hebt doch Ulpian, als er in l. 38. Dig. de contrh. emt. (XVIII. 1.) den zweiten Fall bespricht, in den Worten:

> toties enim dicimus, in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est;

mit ausdrücklicher Erwähnung den animus donandi hervor! —

Die Wahrheit liegt in der Mitte. Die const. 2. enthält Nichts über die Frage: ob der Verkäufer rescissionsberechtigt ist, sobald er den höhern Werth des Kaufobjects kannte. Selbst der strengste Interpret kann nur zu dem Resultat kommen, daß, gleichviel ob ein Irrthum oder ein Nothverkauf vorlag, die Rescission möglich ist.

Zu einer vollständigen Auffassung des Verhältnisses, in welchem die const. 2. dem früheren und späteren Recht gegenüber steht, reicht es aber nicht aus, sie allein in Betracht zu ziehen, vielmehr ist auf die gesammte Legislation Diocletian's und Maximian's, soweit sie uns über diese Fragen aufbewahrt worden, Rücksicht zu nehmen.

Es ist eine eigenthümliche Erscheinung in unserer Litteratur, daß auf einen Punkt gar kein Gewicht gelegt worden ist, der für die Juristen, welche die const. 2. als eine willkührliche Verordnung ansehen, eine nicht unbedeutende Stütze, für die Gegner ein bemerkenswerther Umstand zur Berichtigung ihrer Ansicht gewesen wäre. In demselben Titel: de rescind. vend. ist uns, gleichsam als Hülfsmittel bei der Interpreta-

---

1) l. 38. Dig. de contrahd. emt. (XVIII. 1.), l. 18 pr. Dig. de donatbs. (XXXIX. 5.).

tion der const. 2., eine ganze Reihe von Constitutionen Diocletian's und Maximian's aufbewahrt worden, und die meisten von ihnen bezeugen, indem sie vor einem Mißverständniß der const. 2. warnen, oder Bitten, welche auf die letztere hin an die Kaiser ergangen waren, abschlagen, unverkennbar deutlich, daß die const. 2. nicht die Wiederholung eines alten Rechtssatzes, sondern eine neue, Manchen willkommne, aber im Allgemeinen auffällige und wegen ihrer Neuheit dem Mißverständniß preisgegebne Bestimmung enthielt. Zwei Irrthümer waren möglich: einmal, daß bei einem Verkauf unter dem Werth ohne Weiteres ein Dolus von Seiten des Käufers anzunehmen sei, zweitens, daß nach der const. 2. jeder Verkauf rescindirt werden könne, bei welchem nicht ein pretium justum im strengsten Sinne des Worts ausgemacht wäre. Dem ersteren Mißverständniß begegnen die Kaiser in const. 4., wo sie sagen: der Umstand, daß ein theuer eingekauftes Grundstück zu einem billigeren Preise verkauft worden sei, reiche nicht hin ad rescindendam venditionem et malae fidei probationem; ferner in der const. 5., wo sie dem anfragenden Rufus antworten: wenn er dolo adversarii getäuscht worden sei, könne er klagen, außerdem bleibe der Verkauf bestehen. Den zweiten Irrthum suchen die Kaiser in const. 6. und 7. zu beseitigen, indem sie wiederholen, ein gültig abgeschlossener Verkauf sei nicht um kleiner Ursachen willen zu rescindiren, und nicht einmal durch das Anbieten des doppelten Kaufpreises könne der Käufer zurückzutreten gezwungen werden. Allein auch durch diese Verordnungen wurden die Zweifel noch nicht abgeschnitten, so daß Diocletian und Maximian bei einer abermaligen Anfrage Gelegenheit nahmen, das Verhältniß recht genau darzustellen, und einerseits darauf hinwiesen, daß regelmäßig zur Rescission eines Kaufs ein Dolus erforderlich sei, andrerseits bemerkten, daß im Verkehr überhaupt

selten ein vollkommen entsprechender Preis gegeben werde, eine Anfechtung wegen dessen Unverhältnißmäßigkeit aber nur bei einer Verletzung über die Hälfte statthaben könne. Das ist der Inhalt der vielbesprochnen const. 8.

Die Annahme, daß die const. 2. nur ein schon bestehendes Recht anerkannt habe, hat vielleicht keinen andern so gewichtigen Grund gegen sich, als diese eigenen Constitutionen Diocletian's und Maximian's. Dagegen geht man entschieden zu weit, wenn man aus diesem Umstande ihre völlige Willkührlichkeit und Singularität ableiten will; vielmehr geht aus den verschiedenen Antworten der Kaiser hervor, daß sie auf die anerkannten Wirkungen der bona fides sich stützen, und auch jede willkührliche und schwankende Anwendung ihrer Bestimmung abzuwenden suchen.

In einem engen Zusammenhang mit diesem Umstand, daß die const. 2. sogleich bei ihrem Erlaß mißverstanden wurde, steht ihr Schicksal unter den späteren Kaisern. Im Theodosianischen Codex sind uns drei Constitutionen von Constantin, Gratian, Valentinian und Theodos erhalten, bei denen eine von der const. 2. durchaus verschiedene Anschauungsweise zu Grunde gelegen zu haben scheint:

c. 1. Cod. de contrahd. emt. (III. 1.) Constantinus 319: Venditionis atque emtionis fidem, nulla circumscriptionis violentia facta, rumpi minime decet. Nec enim sola pretii vilioris querela contractus sine ulla culpa celebratus litigioso strepitu turbandus est.

const. 4. eod. Impp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius 383: Quisquis major aetate atque administrandis familiarum suarum curis idoneus comprobatus praedia, etiam procul posita, distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu

minimi facta distractio est, repetitionis in reliquum, pretii nomine vilioris, copiam minime consequatur. Neque inanibus immorari sinatur objectis, ut vires sibimet locorum causetnr incognitas, qui familiaris rei scire vires vel merita atque emolumenta debuerit.

const. 7. eod. Iidem 396: Semel inter personas legitimas initus empti contractus et venditi ob minorem annumeratam pretii quantitatem nequeat infirmari.

So wenig diese Const. ausdrücklich die Aufhebung der const. 2. aussprechen [1], so gewiß ignoriren sie dieselbe so vollkommen, daß darin die Aufhebung faktisch enthalten ist. Man hat dies bei der Annahme, daß die const. 2. eine singuläre Rechtsbestimmung gewesen sei, für natürlich erklärt, und umgekehrt hierin zugleich wieder einen neuen Beweis für die Singularität jener gefunden, da ein solches Ignoriren schwer zu begreifen wäre, wenn Diocletian's Rescripte einen Rechtssatz des jus commune enthalten hätten [2]. Allein gesetzt den Fall, Diocletian und Maximian oder Constantin und seine Nachfolger müßten eine singuläre Bestimmung getroffen haben, so ist man an sich nicht berechtigt, dies eher von den ersteren, als von den letzteren zu erwarten, und schwerer als das Ignoriren eines alten Rechtssatzes in einzelnen Constitutionen würde die Aufnahme einer temporär gültigen und später wieder verworfenen Singularität in den Justinianischen Codex sein. Wenn eine Verordnung, die schon im Jahre 319 von Constantin faktisch aufgehoben worden war, im Jahr 530 wieder im Gesetzbuch Aufnahme fand, so darf man gewiß

1) Einen Gegensatz dazu giebt die const. 3. Th. Cod. eod.: Vetus igitur jus revocamus et q. s.

2) v. Vangerow a. a. O. S. 329.

eher an ihre anderweitige Begründung, als daran glauben, daß Justinian eine willkührliche und wieder abgeschaffte Bestimmung durch eine zweite Willkührlichkeit zu Ehren bringen wollte.

Das richtige Verhältniß der const. 2. zu den nachfolgenden kaiserlichen Verordnungen ist mit völliger Sicherheit deßhalb nicht zu bestimmen, weil wir nicht wissen, ob die const. 2. uns unverändert erhalten ist. Die meiste Wahrscheinlichkeit hat aber folgende Betrachtung für uns: Die irrigen Anwendungen der const. 2. überdauerten jedenfalls die Regierungszeit Diocletian's, denn nicht bloß aus Irrthum, sondern auch absichtlich mochte das bessere Verständniß von Einzelnen ignorirt werden. Hierdurch trat eine Gefahr ein, welche für die Rechtssicherheit weit bedenklicher war, als die Unebenheit, der Diocletian und Maximian begegnen wollten. Während es die Absicht dieser Kaiser gewesen war, die bona fides als leitendes Moment auch dann zur Geltung zu bringen, wenn sie durch die Bestimmung eines unverhältnißmäßigen Preises, und die daraus sich ergebende Unbilligkeit ausgeschlossen erschien, wurden sie die schuldlose Veranlassung der viel gefährlicheren Verletzung der bona fides, die aus der Nichtbeachtung der fides contractus hervorging. Indem man einen gültig abgeschlossenen Kauf wegen einer geringen Preisdifferenz nach den Bestimmungen der const. 2. auflösen zu können glaubte, machte man diese zu einer die obersten Rechtsprinzipien untergrabenden Verordnung. Um dieser Gefahr zu entgehen, mußte man zunächst den Grundsatz einschärfen, daß die fides contractus nicht gebrochen werden dürfe, ja, wenn dies ohne Erfolg blieb, war es gerathener, die const. 2. ganz zu ignoriren, als ihrer falschen Anwendung Spielraum zu lassen. Dieses natürliche Auskunftsmittel ist ersichtlich in den oben angeführten Constitutionen gewählt worden. Con-

stantin stellt an die Spitze seiner Verordnung den Satz: fidem contractus rumpi minime decet, und was nachfolgt, ist, schon dem Wortlaut nach, viel weniger gesagt, um ein der const. 2. entgegenstehendes Recht zu sanctioniren, als vielmehr zur Erläuterung, weßhalb jener an sich bekannte und unbezweifelte Satz hier noch besonders ausgesprochen wird. Gratian und seine Mitkaiser sprechen, eben weil auch Constantin's Constitution ohne Erfolg geblieben war, mit den ausgesuchtesten und sogar übertreibenden Worten (si minimi facta distractio est) dem Verkäufer die Berechtigung ab, sich wegen einer verschuldeten Läsion bei dem Verkauf beklagen zu dürfen, und wiederholen in gemäßigterer Form diese Willensmeinung in c. 7 cit. So lassen sich die Constitutionen des Theodosianischen Codex sehr wohl neben der const. 2. verstehen, ohne daß man aus ihnen auf eine Singularität der letzteren zu schließen braucht, ja bei der angegebenen Auffassung bleiben auch Constantin und seine Nachfolger gegen den Vorwurf einer Willkührlichkeit bei ihren Bestimmungen gesichert. Die Verordnung Diocletian's und Maximian's basirte auf altem Recht, allein nicht durch einen Schritt natürlicher Entwicklung, sondern durch einen Sprung mit scheinbarer Willkührlichkeit war sie eingeführt; es bewährte sich an ihr die Richtigkeit des Satzes, daß es stets für eine Legislation gefährlich ist, der allmählichen Entwicklung der Rechtsansicht durch eine eigenmächtige Bestimmung vorzugreifen, selbst wenn diese sich mit Nothwendigkeit später von selbst gebildet haben würde. Constantin und seine Nachfolger kehrten nicht zum alten Recht im Gegensatz zu einer willkührlichen Verordnung, sondern, von den Verhältnissen gezwungen, zu dem naturgemäßen historischen Entwicklungsgang der Rechtsansicht zurück, dem durch die const. 2. vorgegriffen worden war.

Eine Unterstützung für die hier angenommene Ansicht liegt

auch in dem endlichen Verfahren Justinian's; ja, durch die Betrachtung seiner Thätigkeit wird das hier entworfene Bild erst völlig anschaulich. Wenn auch die const. 2. eine übereilte Rechtsbestimmung gewesen, und deßhalb vielfach mißverstanden und gemißbraucht worden war, so konnte es doch nicht fehlen, daß, eben weil sie aus der anerkannten bona fides als letztem Grunde entsprang, die Rechtsanschauung sich ihr gewissermaaßen accommodirte. Wäre dies an sich auch unwahrscheinlicher, als es ist, so wird es doch dadurch bestätigt, daß mehrfache und in längern Zwischenräumen erlassene Gesetze nöthig erschienen, ihr und ihrer falschen Anwendung entgegenzutreten. Ein Irrthum über den Umfang und die Bedeutung einer Rechtsbestimmung würde sich nicht haben so lange halten können, wenn diese selbst der Rechtsüberzeugung völlig fremd geblieben wäre. Welchen Gang letztere in der Zeit zwischen Gratian, Valentinian und Theodos bis auf Justinian genommen, ob man der const. 2. dennoch eine gewisse Anerkennung geschenkt hat, oder ob sie völlig aus der Anwendung verschwunden war, können wir bei der Dürftigkeit unserer Quellen nicht bestimmen; doch läßt sich, da in der sorgsamen Zusammenstellung der betreffenden Kaisergesetze, wie sie im Justinianischen Codex vorliegt, keine Spur erhalten ist, annehmen, daß keine bedeutungsvolle Bestimmung über diesen Punkt weiter getroffen worden ist.

Keinesfalls war es von Justinian willkührlich oder, wie früher unter Diocletian, gefährlich, wenn er dessen const. 2. als maaßgebend in seinem Codex voranstellte; was früher neu erschienen war, ohne es dem Ursprung nach zu sein, war jetzt schon in's Leben übergegangen, und durch die Uebung, noch mehr durch das Verbot der Uebung gewöhnlich geworden. Die Aufgabe, welche Justinian hatte, war eine doppelte: er mußte dem früher entstandenen Mißbrauch vorbeugen, und zweitens das Verhältniß feststellen, in welchem die const. 2.

zu den spätern Verordnungen stehen sollte. Beide Zwecke erreichte er, indem er nicht bloß die const. 2., sondern auch eine Menge Constitutionen derselben Kaiser, in denen diese selbst den Umfang und die Anwendung jener bestimmen, aufnahm, andrerseits aber auch die c. 4. Theod. Cod. cit. recipirte. Die Gefahr, welcher Constantin durch seine const. 1. cit. begegnen wollte, war abgewendet durch eine verhältnißmäßig vollständige Mittheilung der Legislation Diocletian's; die const. 1. setzte einen schon vorhandenen Mißbrauch voraus, und sobald Justinian nicht selbst diesen präsumiren wollte, durfte auch jene Verordnung in seinem Codex keinen Platz finden. Dagegen konnte die bedeutungsvollere Constitution Gratian's und seiner Mitkaiser nicht unberücksichtigt bleiben, sie wurde als const. 15. mit einer kleinen Veränderung und unter Hinweglassung der übertreibenden Worte aufgenommen; die const. 7. endlich, als gänzlich bedeutungslos neben der const. 4., kam nicht in Betracht.

Endlich ist an dieser Stelle noch einmal zu erwähnen die schon oben angeführte l. 23. Dig. locati (XIX. 2.), wo Hermogenian, ein Zeitgenosse Constantin's, sagt: praetextu minoris pensionis könne, wenn kein Dolus des Gegners vorliege, nicht der Miethvertrag rescindirt werden. Mit diesem Ausspruch schloß sich Hermogenian nicht sowohl der zu seiner Zeit aufgekommnen Ansicht, welche die Anwendung der const. 2. verwarf, als vielmehr einer Meinung an, die sogar Diocletian und Maximian gehabt und ausgesprochen hatten. Der Jurist bespricht hier den Fall, wo im Gegensatz zu einer laesio enormis eine erlaubte circumscriptio vorliegt. Daß mindestens dies die Ansicht der Compilatoren gewesen ist, setzt der Zusammenhang, in welchem die Stelle steht, wohl außer allen Zweifel.

Sollen wir nun das aus dieser gesammten historischen Betrachtung gewonnene Resultat in kurze Worte zusammenfas-

sen, so muß dies in folgender Weise geschehen: In nicht wenigen Lehren ist das Römische Recht in seinem Entwicklungsgang unterbrochen worden, und so vor dessen Beendigung auf uns mit der Aufgabe überkommen, denselben sofern und in der Weise, wie es unser Rechtsbedürfniß erheischt, zum Ende zu führen. Im Gegensatz zu diesen Fällen, in denen die Nichtvollendung meist eine Folge der vorsichtigen Langsamkeit war, mit der die Römische Jurisprudenz ihr Vorschreiten zu neuen Prinzipien und Consequenzen bezeichnete, finden wir bei der Lehre von der Rescissibilität des Kaufs wegen laesio enormis die Eigenthümlichkeit, daß ein kaum angebahnter Entwicklungsgang in seinem organischen Fortschreiten durch ein Kaisergesetz unterbrochen wird, welches das noch in der Ferne stehende Ziel als erreicht voraussetzt. Während wir bei andern Lehren eine Kette von Schlüssen und Anwendungen finden, der nur die letzten Glieder fehlen, haben wir hier einen Anfang und das Endglied, zwischen denen eine vermittelnde Reihe von Gliedern ausfällt. Es ist ohne Vorurtheil kaum zu bezweifeln, daß man der bona fides als regulirendem Moment bei dem Kauf und ähnlichen Geschäften einen Einfluß auch insofern gestattete, als man eine gewisse Verhältnißmäßigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung, als dem Wesen der bonae fidei negotia entsprechend, betrachtete; nur allmählich und unter Unterstützung der verschiedenen bei Ausbildung des Rechts thätigen Factoren konnte dies geschehen, eine ruhige und vorsichtige Fortbildung würde deutlichere Resultate gegeben haben. Plötzlich trat ihr vorgreifend die const. 2. ein, und nicht blos Mißverständniß und Rechtsunsicherheit waren die Folge, es waren nunmehr auch jene Resultate naturgemäßer Entwicklung unmöglich geworden. Ein Stehenbleiben auf dem Standpunkt der const. 2. war nicht denkbar, denn ohne die Stütze der nur allmählich sich befestigenden Rechtsüberzeugung schwankte der Boden unter ihr; der nächste Schritt, der gethan werden mußte, bis ein

festeres Fundament gelegt war, konnte nur ein Rückschritt sein. Daß und wie er es gewesen ist, bezeugen die Constitutionen des Theodosianischen Codex.

Hiernach haben wir als Antwort auf die Frage: ob die const. 2. eine singuläre und willkührliche Rechtsbestimmung enthalten habe, anzuerkennen:

1) Die const. 2. war ihrem Inhalt nach neu, d. h. es lag in ihr weder die Wiederholung einer schon anderwärts ausgesprochnen Rechtsbestimmung, noch auch nicht einmal eine Bestätigung der faktischen Annahme, daß der Juder ex officio bei einem Kauf um einen unverhältnißmäßigen Preis einschreiten dürfe.

2) Die const. 2. stand nicht in unmittelbarem und sichtbarem Zusammenhang mit dem früheren Recht. Die Unverhältnißmäßigkeit des ausgemachten Preises war früher nur dann in Betracht gekommen, wenn dieselbe sich aus der Qualification der Sache oder aus besonders bestimmten Verhältnissen nochmals herausstellte; nur der Dos hatte man auch hier die bevorzugte Stellung eingeräumt, daß der faktische Irrthum über den Werth des venditionis causa ästimirten Dotalobjects, den Grund für eine weitere Forderung auf Rückgabe oder Nachzahlung abgeben konnte; außerhalb dieses bevorzugten Rechtsinstituts hatte eine nicht durch Dolus der Gegenparthei herbeigeführte Selbsttäuschung keine Wirkung. Hätte eine Constitution, die einerseits die Höhe einer übermäßigen Verletzung genau bestimmt, andrerseits die Berechtigung ertheilt, den Kauf bei einer solchen laesio enormis direct zu rescindiren, als ein naturgemäßer und zusammenhängender Fortschritt erscheinen sollen, so würde es dazu, wie schon oben bemerkt wurde, noch einer ganzen Reihe vermittelnder Bestimmungen bedurft haben. Recht anschaulich wird das Verhältniß, das hier obwaltet, wenn wir für den Gegensatz eine bekannte Analogie herbeiziehen. Bei den bonae fidei negotia sollte der Ju-

der auf das erkennen, was bei Verträgen dieser Art zu leisten üblich war. Eine Anwendung dieses Grundsatzes lag darin, daß der Richter mit dem Obligationsgegenstand auch die **omnis causa** zusprach, und hiermit ergab es sich, daß Verzugszinsen geleistet werden mußten. Letzteres wurde nun auch in den kaiserlichen Constitutionen mehrfach ausgesprochen — **l. 24. Dig. deposit. (XVI. 3.)** — allein eine solche Constitution bestätigte nur das Anerkannte, und konnte deßhalb nie Anstoß erregen; die **const. 2.** sprach hingegen einen seiner äußeren Gestalt nach von Diocletian und Maximian neu erfundenen Satz aus, und erregte dadurch Mißverständniß und Zweifel. Dennoch aber ist es

3) ein Irrthum, ihre neue Bestimmung als eine willkührliche und singuläre zu bezeichnen. Willkührlich war sie nicht, denn sie widerstrebte nicht dem begonnenen Entwicklungsgang der Rechtsansicht; ihr Fehler lag in einer gewaltsamen Förderung derselben; singulär erscheint sie nur, wenn man die unausgesprochne Basis übersieht, auf der sie ruht. Man hat von jeher viel Gewicht gelegt auf die von den Kaisern gebrauchten Worte: **humanum est**, weil in diesen das zu Grunde liegende Prinzip ausgesprochen sein soll, in der That sind aber diese Worte ungeschickt gewählt; hätten die Kaiser gesagt: **bonae fidei convenit**, so wäre der entstandene Zweifel ein weit geringerer gewesen. Durch die Berufung auf **id quod humanum est** scheint ein Grundsatz des Naturrechts zur Anwendung gebracht worden zu sein, während doch die im positiven Recht schon anerkannte **bona fides** die Entscheidung giebt. Die **const. 2.** enthält die Anwendung eines Prinzips, das noch nicht in der Wissenschaft völlig zur Geltung gekommen war, sich aber durch einzelne Bestimmungen zu bilden begonnen hatte; wäre dieses Prinzip schon vor ihr ausgesprochen gewesen, so hätte sie sich augenscheinlicher als eine reine Anwendung herausgestellt; der Entwicklung des Prinzips vor-

greifend, erschien ihre Bestimmung um so singulärer, je spezieller sie in Einzelnheiten einging.

So kann denn auch die Entscheidung der oben dargestellten Controversen von diesem Standpunkt aus keinem Zweifel unterliegen, ja, es ist ihre Beantwortung indirect schon gegeben. Was die erste Frage anbetrifft: ob dieselbe Berechtigung, die nach der const. 2. der Verkäufer hat, auch dem Käufer zustehe, so ist eigentlich Letzteres nur wegen des singulären Charakters der const. 2., die eine extensive Interpretation nicht zulasse, geläugnet worden. Sehen wir dieselbe als eine Verordnung an, die auf geschehene Anfrage in Rescriptsform die Anwendung von einem anderweitigen Prinzip macht, so stellt sich die Frage dahin, ob sich aus dem letzteren ebensogut für den Käufer, wie für den Verkäufer die Berechtigung ergiebt, und hier dürfen wir auf den oben bemerkten Umstand verweisen, daß der Rescissionsanspruch wegen einer laesio enormis durch Einführung der quanti minoris actio im Aedilicischen Edict und durch die Anschauungsweise der leg. 16. 17. Dig. de contrahd. emt. (XVIII. 1.) für den Käufer fast besser vorbereitet war, als für den Verkäufer, dessen Recht früher nur durch die Bestimmungen bei der Dos Anerkennung gefunden hatte[1]).

Bei der zweiten Frage über die Anwendbarkeit der const. 2. bei andern Verträgen, ist vor Allem eine andere Constitution Diocletian's und Maximians nicht zu übersehen, in der einer immodica laesio ausdrücklich Erwähnung geschieht:

> const. 5. Cod. de dolo malo (II. 21.): Si superstite patre per emancipationem tui juris effecta matri successisti, rebusque tuis per legitimum tutorem patrem eundemque manumissorem administratis, po-

1) Dieser Standpunkt ist festgehalten im Oesterreich. Gesetzbuch Th. II. Hptstück XVII. § 934. Das Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 11. § 69 spricht dem Verkäufer die Berechtigung ab, der Code civil dagegen beschränkt in art. 1674 dieselbe auf den Verkäufer.

stea transegisti cum eo bona fide, perspicis, quod, si pactum tantum factum sit, petitio tua per exceptionem submovetur, si vero novatio legitimo modo intercessit, et acceptilatio subsecuta est, nullam tibi jam superesse actionem. Sane si laesa es immodice, liberatione solenniter per novationem atque acceptilationem tributa, non de dolo, propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est. —

An dieser Stelle räumen die Kaiser bei einem Vergleich über das mütterliche Erbtheil der von dem Vater übermäßig verletzten Tochter einen Anspruch ein, und geben ihr zur Realisirung desselben eine actio in factum. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß dieses Kaisergesetz später als die const. 2. erlassen worden ist; vor der letzteren wäre eine einfache Verweisung auf eine laesio immodica nicht als hinlänglicher Entscheidungsgrund anzuführen gewesen, andrerseits ist aber auch demselben nicht etwa die Bedeutung beizulegen, daß die Kaiser ihm die Bestimmung der const. 2. bei dem Vergleich angewendet hätten. Der deutliche Beweis dafür, wie ungerechtfertigt eine solche Annahme sein würde, liegt in dem Umstand, daß Diocletian und Maximian eigentlich der Verletzten die actio de dolo zu geben geneigt sind, und diese nur deßhalb für unanwendbar erklären, weil Tochter und Vater einander gegenüberstehen. Nicht die Unverhältnißmäßigkeit der Leistung und Gegenleistung ist es also, die das Klagerecht hervorruft, sondern die dolose Handlungsweise des Vaters bei dem Transact; daß aber bei der Bestimmung der const. 2. ausdrücklich von dem Fall des Dolus abgesehen wird, ist schon aus den Quellen nachgewiesen worden. Die const. 5. cit. enthält Nichts, als eine mehr elegante, als durch innere Gründe gerechtfertigte Berufung auf den neu festgestellten Begriff der laesio enormis, sie brauchte deßhalb bei der oben

gegebenen Darstellung der Diocletianischen Legislation keine Berücksichtigung zu finden, es genügt, sie an dieser Stelle angeführt zu haben.

Die Beschränkung der const. 2. auf den Kaufcontract ist nach der bisher entwickelten Auffassung derselben nicht zu rechtfertigen. Auch hier handelt es sich nicht sowohl um eine extensive Interpretation, als vielmehr um Anwendung eines Prinzips, das nur zufällig für den Kauf ausgesprochen worden ist. Ein Einwand gegen die Rescission anderer Verträge wegen laesio enormis könnte nur aus dem Nachweis hergeleitet werden, daß jenes Prinzip lediglich für den Kauf entstanden und fortgebildet worden sei, und in der That betreffen auch die meisten früheren Bestimmungen, in denen dasselbe ausgesprochen ist, den Fall der emtio venditio. Allein dieser Umstand ist sowenig eine Nothwendigkeit, als er eine Zufälligkeit ist, denn bei keinem Vertrag ist eine Verhältnißmäßigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung so bedeutungsvoll, weil die Unverhältnißmäßigkeit so verletzend ist, als bei dem Kauf. Wenn Jemand sein Haus unter dem Werth vermiethet, so genießt er den Nutzen seines Eigenthums nicht in der Weise, wie er zu erwarten berechtigt wäre; allein letzteres bleibt ihm doch, und nach dem Ablauf der Miethzeit hört die Unverhältnißmäßigkeit wieder auf; wenn aber Jemand sein Haus um einen Spottpreis verkauft, so dauert das Verhältniß der Verletzung immer fort, weil er zugleich sich seines Eigenthums entäußert hat. Nur bei der Societät, obgleich auch diese ein vorübergehender Zustand ist, tritt eine höhere Gefahr ein, weil in Folge derselben das Eigenthum an einzelnen Gegenständen verloren gehen kann, und bei der Societät finden wir eben deßhalb auch wieder den Grundsatz hervorgehoben, daß eine gleichmäßige Stellung der Partheien gefordert, eine offenbare Verletzung nicht geduldet wird. Aber auch von Allem dem abgesehen, zeigt die l. 78 u. 79. Dig. pro socio (XVII. 2.),

daß dieses Princip nicht bloß beim Kauf als maaßgebend anerkannt worden ist.

So darf man es als übereinstimmend mit der Römischen Rechtsanschauung annehmen, daß die Bestimmung der const. 2. auch bei andern Verträgen Platz greifen kann; es entsteht aber die weitere Frage, bei welchen Verträgen diese Anwendung möglich ist[1])? Die Anerkennung eines Prinzips, das in der Ausgleichung einer Unverhältnißmäßigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, ist nur denkbar bei Rechtsverhältnissen, bei denen für die Prästation der einen Parthei ein Aequivalent von Seiten der anderen gegeben wird. Außerdem würde nach Römischer Rechtsansicht gefordert werden, daß dieses Rechtsverhältniß unter dem Schutz der bona fides stehe, ein bonae fidei negotium gegenüber dem stricti juris negotium sei; bei uns fällt mit dieser Unterscheidung, und aus dem durchgreifenden Grund, weil bei allen Verkehrsverhältnissen ohnehin das Moment, welches die Römer als bona fides bezeichneten, berücksichtigt wird, jenes Erforderniß hinweg. Endlich liegt noch eine Beschränkung in dem Umstande, daß der Begriff der laesio enormis zu ihrer Constatirung die Existenz eines pretium justum zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags voraussetzt, die Verletzung muß in diesem Augenblick vorhanden gewesen sein, und hierzu gehört nicht blos das Versprechen oder die Hingabe eines Aequivalents, sondern auch ein bestimmter Werth, dem gegenüber jenes unverhältnißmäßig ist[2]).

1) Das Preußische Landrecht und der Code kennen eine Rescission wegen laesio enormis nur beim Kauf, das Oesterreich. Gesetzbuch dehnt dieselbe aus auf alle zweiseitig verbindliche Geschäfte.

2) Man hat diese Merkmale häufig, ohne sich ihrer klar bewußt zu werden, insofern anerkannt, als man die Zulässigkeit der const. 2. bei verkaufsähnlichen Geschäften annahm. Zu dieser unbefriedigenden Unbestimmtheit gab vorzüglich der Umstand Veranlassung, daß man die Anwendung der const. 2. bei Verträgen außer dem Kauf lediglich durch eine extensive Interpretation rechtfertigte. Bei Fest-

Alle diese Requisite erfüllen sich ebenso wie bei dem Kauf so auch bei dem Tausch, der Miethe, der Societät, und bei der außergerichtlichen Theilung, bei der sich für die Anwendbarkeit der const. 2. noch besonders anführen läßt die schon oben erwähnte c. 3. Cod. Commun. utriusque jud. (III. 38.):

> Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus solet subveniri et q. s.

Das Nämliche tritt ferner auch ein bei dem contractus aestimatorius, wenn dem Trödler die Sache unter der Hälfte des Werths angerechnet, und von ihm zu diesem Preise angenommen worden ist; anders ist es begreiflicherweise, sobald er das justum pretium bezahlt hat, selbst aber mehr als das Doppelte für die Sache durch glückliche Conjuncturen oder durch eigene besondere Geschäftsthätigkeit erhält. Der höhere Werth, den die Sache bekömmt, nachdem ihre aestimatio bestimmt war, kann nicht in Betracht gezogen werden (gegen das lucrum cessans kann sich der Eigenthümer möglicherweise durch das ihm freistehende Revocationsrecht verwahren), das lucrum ex negotiatione perceptum wird nicht berücksichtigt, weil dieses ein Product der Thätigkeit des Trödlers ist und diesem verbleibt, wie er das periculum negotiationis trägt.

Dagegen kann nach dem Wesen der oben angeführten Requisite eine Rescission wegen laesio enormis niemals bei der emtio spei und regelmäßig auch nicht bei einem Vergleich erfolgen. Die Ausnahme bei der emtio spei ist an sich schon anschaulich; für die spes, d. h. für etwas Zukünftiges und Unbestimmtes, läßt sich in der Gegenwart ein justum pretium

---

setzung des justum pretium im einzelnen Fall wird übrigens nicht bloß der absolute, sondern auch der relative Werth des Objects in Betracht kommen müssen. Sehr bemerkenswerth in dieser Beziehung ist ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 16. Januar 1850 (Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1850. Nr. 28.).

nicht denken[1]). Ganz das Nämliche tritt aber auch ein bei dem Vergleich. Der Transact hat die Eigenthümlichkeit, daß er, einen wirklich oder wenigstens scheinbar begründeten Anspruch voraussetzend, diesen ausgleichen soll durch eine zwischen den Partheien ausgemachte Prästation des Beanspruchten; der Anspruch selbst ist aber eine res dubia et incerta[2]), läßt also die Bestimmung eines justum pretium für sich nicht zu. Somit kann von einer Unverhältnißmäßigkeit der Abfindungssumme gegenüber der abgefundenen Berechtigung nicht die Rede sein, und die Entscheidung des Juristen in der oben angeführten l. 78. § 16. Dig. ad S. C. Trebell. (XXXVI. 1.) erscheint völlig gerechtfertigt. Wenn aber bei Gelegenheit eines Vergleichs insofern eine enorme Verletzung vorkommt, als der Werth des Gegenstandes, der beansprucht wird, sofort ermittelt werden kann, aber über die Hälfte zu hoch oder zu niedrig angeschlagen wird, oder in gleichem Verhältniß das als Aequivalent hingegebene Object falsch berechnet worden ist, dann stehen einander wieder ein justum und ein angenommenes Pretium gegenüber, und deren Unverhältnißmäßigkeit unter einander kann die Rescission des Geschäfts zur Folge haben[3]).

Die Fragen: ob eine Rescission auch möglich ist, z. B. bei dem Verkauf einer Erbschaft, bei öffentlichem Verkauf, bei gerichtlicher Theilung, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, sind nicht nach den Regeln des hier erörterten Prinzips zu beantworten, und gehören deßhalb nicht in diese Darstellung.

1) Aus demselben Grund fällt die Rescission auch weg bei einem Kauf für Leibrente oder für Alimentation.

2) l. 1. Dig. de transactbs. (II. 15.): Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta, neque finita transigit.

3) v. Vangerow a. a. O. S. 330.

Ueber die actio quod jussu.

I. Einleitung.

Wenn die Lehre von der actio quod jussu in der nachstehenden Abhandlung nochmals einer Untersuchung unterworfen wird, so bedarf dies, da einerseits von mehreren Seiten dieser Klage praktische Geltung für unser heutiges Recht abgesprochen worden ist[1]), andrerseits unsere neuere Litteratur mehrfache Erörterungen der über sie aufzustellenden Theorie geliefert hat[2]), fast einer Rechtfertigung. Allein einmal glaube ich, daß diese durch den einfachen Hinweis auf die noch immer herrschende Meinungsverschiedenheit leicht erbracht werden kann, sodann ist gewiß schon deßhalb keine auf sorgfältige Darstellung einer actio adjectitiae qualitatis gewendete Mühe eine vergebliche, weil eben für die Lehre von der Verpflichtung durch Stellvertreter im Allgemeinen zur Reconstruirung des Römischen Rechts und zu dessen Verbindung mit unsern heutigen Rechtsansichten viel mehr noch geleistet werden muß, als, unbeschadet der Verdienste, die bei Untersuchung einzelner Punkte einige neuere Juristen sich erworben haben, bisher geschehen ist.

Die Römischrechtliche Auffassung der Stellvertretung ist zu allen Zeiten eine von unsern jetzigen Ansichten durchaus

---

1) Vergl. die unter VI. angeführten Schriftsteller.

2) Als solche sind zu bemerken die Abhandlungen von Thibaut im Archiv für Civ. Praxis Bd. XII. Müller in seinen Civilistischen Abhandlungen Nr. IV. und Schmid im Archiv Bd. XXIX.

verschiedene gewesen. Zwar findet sich, wenn wir die historische Entwickelung betrachten, welche das Römische Recht in dieser Beziehung genommen hat, unverkennbar ein Fortschreiten von einseitigen und den Verkehr beengenden Prinzipien zu freieren Grundsätzen; allein auch in dem Augenblick seiner höchsten Ausbildung hat das Röm. Recht hier nicht die Stufe erreicht, auf die sich unsere heutige Jurisprudenz stellen muß, wenn sie anders den an sie von dem Rechtsbedürfniß gemachten Anforderungen entsprechen will. Wäre dem Römischen Recht eine längere nationale Geltung beschieden gewesen, so würde es auch in dieser Lehre zu einem Abschluß gekommen sein, der ihm eine weitere Geltung gesichert hätte; in der Gestalt aber, in der es auf uns überkommen ist, erscheint jener Entwickelungsgang noch nicht als vollendet, und es ist unserer Rechtswissenschaft und Praxis vorbehalten geblieben, denselben zu seinem Ende zu führen. Daß dies bis jetzt theilweise noch gar nicht, theilweise nicht befriedigend geschehen ist, davon zeugt die unsichere Haltung, deren sich auch sehr verdiente Schriftsteller bei Darstellung ihrer hierauf bezüglichen Ansichten nur mit Mühe erwehren können; ein noch sprechenderer Beweis dafür liegt in der Meinungsverschiedenheit, welche in dieser Beziehung unter den Juristen herrscht und bei der durch sie veranlaßten Schwankung in der Praxis eine bedauerliche Rechtsunsicherheit im Gefolge hat.

Bei den Römern galt in der ältesten Zeit der nur bei sehr beschränkten Verkehrsverhältnissen mögliche Grundsatz, daß durch einen Stellvertreter weder ein Erwerb gemacht, noch eine Verbindlichkeit eingegangen werden könne. Dieses in unsern Quellen bekanntlich vielfach ausgesprochene Prinzip [1])

---

1) Gaji Comment. II. 95, § 4. 19. J. de inutil. stipltbs. (III. 19.), l. 11. Dig. de O. et A. (XLIV. 7.), l. 38. § 17. Dig. de V. O.

stand in einem gewissen Widerspruch mit der nicht minder alten Rechtsregel, daß die einer fremden Gewalt Unterworfenen, des eigenen Vermögens unfähig, allen Erwerb für den Vater oder Herrn machen [1]). Eben wegen ihres Alters darf man diese Regel nicht als eine Modification jenes ersten Satzes ansehen, die späteren Bestimmungen über die Repräsentation durch freie Stellvertreter sind aus ganz andern Rücksichten hervorgegangen, aber von unbezweifelter Bedeutung ist die ursprünglich anerkannte Möglichkeit des Erwerbs durch Hausunterthänige für die Ausbildung der Stellvertretung bei den Römern deßhalb gewesen, weil an sie die ersten Modificationen der über letztere früher geltenden starren Rechtsansicht geknüpft wurden.

Mit der Berechtigung des Vaters (und bei Wegfall der Sklaverei mag von ihm allein hier die Rede sein) durch den Haussohn zu erwerben, vertrug sich nur schlecht die aus dem andern oben angegebenen Prinzip fließende Consequenz, daß er durch die Contracte des Haussohns keinerlei Verpflichtung unterworfen wurde. Gewiß hat sich schon sehr zeitig gegen diese Ungleichheit die allgemeine Rechtsüberzeugung entschieden, und dieser entsprechend führte der Prätor, wie er einerseits zur Milderung der in diesem Verhältniß liegenden Härte den Haussohn nur in quantum facere possit verurtheilen ließ [2]), andrerseits auch Klagen ein, mit welchen der Dritte gegen den Vater auftreten konnte. Solcher **actiones adjectitiae qualita-**

(XLV. 1.). Vergl. von Vangerow, Leitfaden § 608. und meine Neg. Gestio § 19. folgde.

1) Gajus, II. § 86: Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate, manu mancipiove habemus: item per homines et q. s. Ulpiani Fragmenta XIX. 18. Inst.: Per quas personas II. 9.

2) l. 2. Dig.: Quod cum eo (XIV. 5.).

tis entstanden sechs: die actio de peculio und de in rem verso, die quod jussu, tributoria, exercitoria und institoria actio, wobei hier zunächst vorausgesetzt wird, daß die beiden letztgenannten Klagen nicht ursprünglich zugleich mit für den Fall der freien Stellvertretung eingeführt wurden.

Bei allen diesen Klagen sind es aber zwei Momente, die als eigentlich den Vater verpflichtend je nach verschiedenen faktischen und rechtlichen Voraussetzungen die Charakterisirung der einzelnen Rechtsmittel veranlaßten. Einmal: das Moment der für den Vater durch eine Version zu seinen Gunsten herbeigeführten Bereicherung, und zweitens: das Moment der Einwilligung, die ihn selbst dann verpflichtet, wenn er sie nur durch concludente Handlungen ertheilt hat. Wegen der Version steht gegen ihn zu die de in rem verso und de peculio actio. Unzweifelhaft ist dies schon nach dem ihr beigelegten Namen für die erstere Klage, für die de peculio actio könnte es um deßwillen geläugnet werden, weil man, Version und Bereicherung irriger Weise identificirend, die Stellen für widersprechend zu halten geneigt sein dürfte, welche die letztere Klage in ihrer Anwendbarkeit nicht von einer vorhandenen Bereicherung abhängig machen [1]). Allein in der That ist die

1) § 4. J. Quod cum eo (IV. 7.): Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. Die hier ausgesprochene Verpflichtung, mit dem ganzen Peculium zu haften, schließt die Annahme, daß nur wegen der Bereicherung und auf dieselbe geklagt werden könne, aus. Noch deutlicher ausgesprochen findet sich dies in l. 1. § 4. Dig. de pecul. (XV. 1.). Bei einem Contract mit einem impubes fil. famil. soll der Vater nur verpflichtet werden: si locupletius peculium factum est. Diese Ausnahmsbestimmung giebt das Gegentheil als Regel.

Bereicherung als das Resultat der Version, das nicht einmal nothwendig sich ergeben muß, sondern nur möglicherweise folgen kann, von dieser durchaus verschieden. Jene Stellen, die bei der de peculio actio die Bereicherung nicht erfordern, sprechen nicht von der Version, und wie die de in rem verso actio, die doch unzweifelhaft auf letzterer beruht, auch ohne vorliegende Bereicherung angestellt werden kann [1]), so auch die de peculio actio.

In einem Widerspruch stehen also die Quellen mit jener Behauptung, daß die Peculienklage dasselbe Fundament habe, wie die de in rem verso actio, nicht, dagegen lassen sich für diese Ansicht entscheidende äußere und innere Gründe anführen. Diese in ihrer Reihenfolge und umfänglicher darzustellen, muß, als außer dem Kreise unserer Aufgabe liegend, einer späteren Untersuchung vorbehalten bleiben, hier mag eine Andeutung der hauptsächlichsten genügen. Daß die Version [2]) die Basis der de in rem verso actio ist, darf als bekannt vorausgesetzt werden, der nämliche Verpflichtungsgrund ist aber auch bei der de peculio actio vorhanden, denn bei des Vaters unbezweifelter Berechtigung, das peculium einzuziehen, kam ihm indirect auch jede versio in peculium zu Gute. Schon die consequente Durchführung des Princips leitet also darauf hin, eine Gleichstellung beider Klagen hinsichtlich ihres Entstehungsgrundes anzunehmen. Daß die Römer dies aber auch gethan haben, zeigt

1) l. 3. § 6. — neque enims pectamus, an bono domini accesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini? § 7. Dig. de in rem verso (XV. 3.).

2) Man kann auch, wie es häufig geschieht, die Bereicherung als Voraussetzung der de in rem verso actio angeben, nur darf man darunter nicht eine Erhöhung des positiven Vermögens verstehen, sondern unter Umständen auch eine bloße Erhaltung des Vorhandenen l. 3. § 2 cit. — quotiesque aliquid ita consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus haberet, aut non deteriorem.

die ganze Haltung der l. 1. Dig. de in rem verso (XV. 3.). Hier weist Ulpian den Einwand, als sei die de in rem verso actio neben der Peculienklage überflüssig, zurück, und erkennt mit den Worten: Rectissime enim Labeo dicit: fieri posse, ut et in rem versum sit, et cesset de peculio actio offenbar die Version als maaßgebend für die Anwendung der letzteren Klage an. Ebenso wird mit den klarsten Worten die Verwandtschaft beider Rechtsmittel in den Institutionen bezeugt [1], indem es heißt: Licet enim una est actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes.

Kein geringerer Verpflichtungsgrund als in der Version lag für den Vater in seinem zu den Handlungen des Haussohnes ertheilten Consens [2]. Die tributoria, exercitoria, institoria und quod jussu actio haben den Consens als verpflichtendes Motiv gemeinschaftlich, die Entstehung der verschiedenen Klagen auf der nämlichen Basis ist nur aus der verschiedenen Weise zu erklären, in welcher derselbe ertheilt werden konnte. Wenn der Vater dem Haussohn ein bestimmtes Capital giebt, und ihn damit negoziren läßt, so giebt er eben dadurch seine Zustimmung zu den hierauf bezüglichen Handlungen des filius familias zu erkennen, und setzt sich deßhalb der tributoria aus. Wenn er ihn als magister navis bestellt, oder zum Institor einsetzt, so spricht sich in seiner Handlungsweise seine Einwilligung aus, und diese ist es, die ihn durch die exercitoria oder institoria actio verantwortlich wer-

1) § 4 J. Quod cum eo (IV. 7.).

2) Jedes der beiden verpflichtenden Momente reicht allein hin, den Vater verbindlich zu machen, eines Zusammentreffens beider bedarf es nicht. § 4. J. eod. l. 5. § 1. 2. Dig. de in rem verso (XV. 3.). Dies ist besonders zu bemerken bei Interpretation der const. 7. Cod. Quod cum eo (IV. 26.). Vergl. meine Neg. Gestio S. 194 folgde.

den läßt. Am reinsten aber und ursprünglich ist das Prinzip, daß der Consens den Vater verbindlich macht, anerkannt in der actio quod jussu, und eben hierin ruht, ganz abgesehen von der praktischen Bedeutung, die weder ganz weggeläugnet, noch zu hoch angeschlagen werden darf, die Wichtigkeit dieser Klage. Jeder Versuch, die Lehre von der für uns weit interessanteren exercitoria und institoria actio und von der Stellvertretung in ihrer weiteren Entwickelung umfassend darzustellen, ist in seinem Gelingen entschieden davon abhängig, daß die Lehre über die quod jussu actio, die jenen Klagen mehrfach als Modell gedient hat, eine feste Gestaltung erhält. Bis auf den heutigen Tag ist Streit über die quasi institoria actio; viel leichter, als es zunächst den Anschein hat, würde sich derselbe beilegen lassen, wenn man sich daran erinnerte, daß die quasi institoria dem inneren Bildungsgang der Lehre zufolge bei der Repräsentation durch Freie denselben Platz einnimmt, den die actio quod jussu bei Verpflichtungen durch den Haussohn inne hat.

Von diesem Gesichtspunkt aus mag eine nochmalige Darstellung gewagt werden; wie er aber einerseits diesen Versuch rechtfertigt, so muß er andrerseits bei dem Gang der Untersuchung für uns maaßgebend sein. Zunächst ist der Ursprung der Klage zu erörtern, hierauf ihr Begriff und Umfang zu bestimmen, und dabei auf die bekannten Controversen: gegen wen der jussus ausgesprochen, und ob in des Vaters oder in Peculiarangelegenheiten contrahirt worden sein müsse, einzugehen. Hiermit ist die Angabe der übrigen Requisite, welche die quod jussu actio hat, zu verbinden, und endlich durch eine zwischen ihr und andern verwandten Klagen angestellten Vergleichung die Frage zu entscheiden, ob und in wie weit ihr heutzutage eine praktische Geltung zugeschrieben werden kann.

II. Ueber den Ursprung der quod jussu actio.

Wenn in einer Materie alle irgend wichtigen Fragen bestritten sind, so bedarf die Nothwendigkeit, vor Allem die Entstehung und erste Entwickelung des betreffenden Rechtsinstituts zu erörtern, keines Beweises. Man kann in der historischen Untersuchung zu viel thun, und das Mittel mit dem Zweck verwechseln, häufiger und gefährlicher ist aber der andere Fehler, über Controversen ohne Rückblick auf die Geschichte lediglich nach den für die eine oder andere Meinung schon vorgebrachten Gründen zu entscheiden, und somit über die zukünftige Gestaltung eines Rechtsverhältnisses ein Urtheil zu fällen, ohne dessen Vergangenheit gehörig zur Anschauung gebracht zu haben. Daß man bei der Lehre von der quod jussu actio sich von diesem Mißgriff nicht ganz frei erhalten hat, läßt sich schwerlich in Abrede stellen, denn von den neueren Schriftstellern ist es wohl einzig Thibaut gewesen, der hier den richtigen Standpunkt einzunehmen verstanden hat.

Das Verhältniß der einzelnen actiones adjectitiae qualitatis zu einander, dessen Erwägung hier von der entschiedensten Bedeutung ist, muß sich gewissermaaßen schon bestimmen nach der Reihenfolge, in der sie entstanden sind. Die zunächst zu beantwortende Frage ist daher die: mit welcher von den verschiedenen Klagen der Vater zuerst verpflichtet worden ist, ob das Moment der Version, oder das des von ihm ertheilten Consenses ihn zunächst verantwortlich machte? Hierauf geben aber die Quellen selbst mindestens eine indirecte Antwort, denn in l. 1. § 1. Dig. de pecul. (XV. 1.) sagt Ulpian über das zu Grunde liegende Prätorische Edict:

> Est autem triplex hoc edictum; aut enim de peculio, aut de in rem verso, aut quod jussu hinc oritur actio.

Wir sehen also, daß in einem und demselben Edict neben einander Klagen eingeführt wurden, die auf einem verschiedenen Verpflichtungsgrunde beruhten, und da es uns anderweitig bekannt ist, daß ein anderes Edict die exercitoria actio, ein drittes endlich die institoria actio begründete [1]), so ist die oben gestellte Frage dahin abzuändern, daß wir zu erfahren suchen, welches von den verschiedenen Edicten als das ältere, welches als das jüngere anzusehen ist.

Je vereinzelter aber, wie schon bemerkt, mit seinen Bemühungen um Aufhellung dieses Punktes Thibaut dasteht, um so sorgfältiger ist seine Ansicht und deren Begründung zu prüfen. Zu Anfang seiner Abhandlung [2]) spricht Thibaut ganz allgemein von den verschiedenen Möglichkeiten, unter welchen der Hausvater aus den Handlungen seiner Haussöhne belangt werden könne, und nimmt als Basis der actiones adj. qualit. nicht Version und Consens, sondern Auftrag oder Befehl, Bereicherung und Eingabe eines peculii profectitii an. Auf diese von der oben vorgetragenen Ansicht abweichende Meinung ist hier nicht weiter einzugehen; es ist schon der Beweis versucht worden, daß die de peculio und de in rem verso actio dasselbe Fundament haben, eine weitere Ausführung gehört in eine gesonderte Darstellung dieser Klagen [3]). Hierauf werden mit sehr begründetem Tadel gegen frühere Auffassungen

1) l. 1 pr. Dig. de exercitor. act. (XIV. 1.), daß die institoria nicht zugleich mit der exercitoria, sondern in einem besonderen und zwar späteren Edict eingeführt wurde, bezeugt l. 7 § 1., l. 13 § 2. Dig. de institor. act. (XIV. 3.). Nicht widersprechend ist die c. 4. Cod. de instit. et exercit. act. (IV. 25.). Unterholzner: Lehre des Röm. Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. I. S. 414.

2) Archiv Bd. XII. S. 174 folgd.

3) Die Behauptung, daß die actio tributoria die actio de pec. war, sofern das peculium aus Handelswaaren bestand, kann auch nicht ohne Weiteres zugegeben werden. Man vergleiche § 4. J. Quod cum eo (IV. 7.) mit l. 1 § 3. Dig. de tributor. act. (XIV. 4.).

dieser Rechtsverhältnisse zur Beantwortung der Frage, in wie fern die actio quod jussu noch gegenwärtig nützlich oder nothwendig sei, über die Entstehung der quod jussu actio folgende Grundsätze aufgestellt: die actio institoria und exercitoria wurden in Beziehung auf Handels- und Schiffsangelegenheiten ohne Unterschied, ob der Bevollmächtigte sub potestate war, oder nicht, gestattet. Ihrer ursprünglichen Natur und späteren Ausdehnung nach gingen beide Klagen nur auf den Fall, wenn der Gewaltgeber für seine eigenen Angelegenheiten Aufträge ertheilt hat. Auf den Fall, wenn der Auftrag das Beste des Bevollmächtigten betraf, konnten sie nicht gehen, indem das mandatum in gratiam mandatarii als ungültig betrachtet ward. So consequent und billig dies hinsichtlich freier Stellvertreter erschien, so unbillig erschien es in Beziehung auf die Haussöhne, die dem imperium, eventuell dem physischen Zwange des Vaters unterworfen sind. Sie müssen auch die über sie und in ihren Angelegenheiten vom Vater getroffenen Anordnungen befolgen, und deßhalb muß auch wiederum der Vater in diesem Fall verbindlich werden. Diese Verpflichtung des Vaters wurde ausgesprochen durch Einführung der actio quod jussu, bei der es ganz gleichgültig war, ob das Geschäft den Vater oder Haussohn betraf.

Daß gegen die hier mitgetheilte Ansicht Thibaut's Manches eingewendet werden kann, ist auf den ersten Blick nicht zu verkennen. Gleich der Ausgangspunkt derselben, daß die exercitoria und institoria actio anfänglich schon mit für den Fall der Repräsentation durch Freie eingeführt worden sei, ist entschieden nicht zu beweisen. Thibaut stützt sich bei seiner Behauptung auf folgende Gründe: Erstens werde nirgends in den betreffenden Digesten- oder Codertiteln auf eine Ausdehnung jener Klagen durch Interpretation hingedeutet, ferner gebe Ulpian in der l. 1 pr. Dig. de instit. actione (XIV.

3.) den Grund dieser Klage in einer Weise an, die eine allgemeine Verordnung voraussetze:

> Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri.

Endlich wird noch als Beweis angegeben, daß derselbe Jurist sagt:

> l. 1 § 4. D. de exercitor. act. (XIV. 1.): Cujus autem conditionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber, an servus, utrum exercitoris an alienus,

und es noch bestimmter in § 2. J. Quod cum eo (IV. 7.) heiße:

> Istas tamen duas actiones „Praetor reddit," et si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernae, aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

Allein was ist mit allen diesen Gründen wohl mehr bewiesen, als daß zu den Zeiten der Pandektenjuristen, insbesondere des Ulpian, Gajus und Paulus, aus deren Schriften die hierher gehörigen Digestentitel excerpirt sind, jene Ausdehnung der exercitoria und institoria actio schon erfolgt war? Hiermit stimmt es vortrefflich überein, wenn Ulpian, das Recht seiner Zeit beurtheilend, sagt: ob der Stellvertreter ein Freier oder Sklave sei, wäre gleichgültig, und in l. 1 pr. Dig. de inst. act. bemerkt: es habe dem Prätor billig geschienen, wie durch die Institoren ein Erwerb vermittelt werde, so auch eine Verpflichtung aus deren Handlungen zuzulassen. In der Hand des Prätors lag es, ob er eine derartige Klage zulassen wollte oder nicht, auch bei nachmaliger Ausdehnung derselben kam es also darauf an, ob ihm das Verbindlichwerden billig erschien. Daß dies der Fall gewesen, und die insti-

toria bei jedem Institor zugelassen worden ist, bezeugt Ulpian. Wann aber dies Prinzip in seiner Allgemeinheit anerkannt wurde, ob gleich anfänglich, oder erst allmählig, davon spricht der Jurist nicht. Auf die angeführte Institutionenstelle und Gajus IV. 71. werden wir gleich weiter unten zurückkommen.

Man kann von Thibaut sagen, daß er seine Ansicht anschaulich gemacht, aber Beweise hat er für dieselbe nicht beigebracht, und eben deßhalb sind auch die Gründe für die gegentheilige Meinung nicht unbeachtet zu lassen. Zugegeben muß werden, daß die l. 1. § 19. Dig. de exercit. actio (XIV. 1.), auf welche sich Zimmern stützt[1]), nicht für die ursprüngliche Beschränkung dieser Klage auf Hausuntertänige entscheidend ist, es finden sich dort nicht die Worte des Edicts angeführt, sondern Ulpian spricht in eigener Person. Allein andere allgemeinere und speziellere Gründe dürfen nicht unerwogen bleiben, und zwar darf man sich ebenfalls auf die Quellen und sogar auf eine Stelle, die Thibaut für sich anführt, als Belege für die entgegengesetzte Ansicht berufen.

In dem vierten Buch seines Commentars sagt Gajus, als er von der Einführung der actiones adject. qualit. spricht:

> § 70. Inprimis itaque si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum Praetor actionem in patrem dominumve comparavit. § 71. Eadem ratione comparavit duas alias actiones: exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus fuit, negotium gestum erit. Quin etiam, licet extraneum quisquam magistrum navi

1) Geschichte des Röm. Rechts Bd. I. Th. II. S. 705.

praeposuerit sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur.

Ebenso heißt es in dem oben angeführten § 2. J. Quod cum eo (IV. 7.) zu Anfang:

Exercitoriam et institoriam actionem tunc locum habere, quum, qui servum suum magistrum navi aut tabernae aut cuilibet negotiationi praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praeposuerit, contractum fuerit —

und erst zu Ende des Paragraphen stehen jene oben angeführten Worte: Istas tamen duas actiones u. s. w. Es soll nun durchaus nicht behauptet werden, daß in diesen Stellen die ursprüngliche Beschränkung dieser Klagen auf die Stellvertretung durch Hausunterthänige, und ihre spätere Ausdehnung auf freie Repräsentanten mit klaren Worten ausgesprochen sei, allein ebensowenig können wir, wenn wir jene Quellenaussprüche im Zusammenhang durchlesen, uns des Eindrucks erwehren, daß die Grundsätze über die Entstehung der exercit. und institoria actio in ihrer geschichtlichen Entwickelung vorgetragen werden. Nirgends heißt es allgemein, diese Klagen seien bei der Stellvertretung in Schiffs- und Handelsangelegenheiten eingeführt worden. Bei Gajus sowohl als in den Institutionen Justinian's wird zu Anfang gesagt: wenn der Vater oder Herr den Haussohn oder Sklaven als magister navis oder institor bestellt habe, habe er durch dessen Handlungen einer Verantwortlichkeit unterlegen, und als ein die Darstellung vervollständigender Zusatz wird dann hinzugefügt: auch wenn der magister oder institor ein Unabhängiger war, wird die Klage zugelassen. Besonders hervorgehoben wird dies noch bei Gajus, in dessen Worten, wenn man sich ganz streng an den Ausdruck halten will, eine Ausdehnung der exercitor. actio von ihrem ursprünglichen Umfang recht wohl

gefunden werden kann. Er sagt: der Prätor hat die exercit. und institor. actio eingeführt (comparavit), die erstere ist anwendbar, wenn ein Haussohn oder Sklave als magister navis bestellt worden ist, ja, sogar wenn ein extraneus, gleichviel ob Freier oder Sklave, Stellvertreter ist, wird diese Klage gegeben (redditur). Dieser Wechsel in dem Ausdruck: redditur gegenüber dem comparavit scheint ziemlich deutlich darauf hinzudeuten, daß Ulpian zuerst angiebt, wie es ursprünglich war, und sodann, wie es zu seiner Zeit ist.

Ganz abgesehen von diesen Quellenstellen, aus denen ein Resultat allerdings mit vollständiger Sicherheit nicht zu ziehen ist, giebt es verschiedene Gründe, die für die ursprüngliche Beschränkung und erst später erfolgte Ausdehnung der exercitoria und institoria actio zu sprechen scheinen. Es ist einmal nach den faktischen Verhältnissen viel wahrscheinlicher, daß die Römer ihre der Schiffskunde und des Handels kundigen Sklaven zu magistri navium und institores eingesetzt haben, als Freie, die sich ohne entsprechende Bezahlung dazu nicht hergaben. Es ist ferner nicht zu übersehen, daß die Römischen Juristen, wenn sie einen fingirten Fall entscheiden, eigenthümlicher Weise viel häufiger einen Hausunterthänigen als einen Freien als institor supponiren. Allein jene Wahrscheinlichkeit ist keine Gewißheit, und dieser letztere Umstand könnte eine Zufälligkeit sein. Einen sicheren Beweis kann nur folgende historische Betrachtung liefern:

Wie weiter unten noch näher nachgewiesen werden soll, und auch Thibaut selbst bemerkt [1]), sind die exercitoria und institoria actio vor Labeo, also noch unter der Republik eingeführt worden; schon damals soll man demnach die directe Klagberechtigung des dritten Contrahenten gegen den Prinzipal

---

1) a. a. O. S. 177. l. 1 § 9. Dig. de exercit. act. (XIV. 1.).

eines freien Geschäftsführers anerkannt haben. Um die Wahrscheinlichkeit dieser Annahme zu prüfen, muß man sich daran erinnern, daß selbst bei der Stellvertretung durch Hausunterthänige, wo doch der unmittelbare Erwerb für den Gewalthaber eine Verpflichtung desselben viel eher rechtfertigte und herbeiführen konnte, zu jener Zeit diese directe Verantwortlichkeit erst ganz kürzlich [1]) durch Einführung der de in rem verso, de peculio und quod jussu actio angenommen worden war. Es ist andrerseits nicht außer Acht zu lassen, daß vor Neratius nicht einmal der Besitz, bei dem bekanntlich zuerst von den alten strengen Prinzipien abgewichen wurde, durch einen freien Repräsentanten erworben werden konnte [2]), endlich steht es als eine aus den Quellen Schritt vor Schritt nachzuweisende Wahrheit fest, daß der Entwicklungsgang der Prinzipien über die Stellvertretung bei den Römern ein sehr langsamer und bedächtiger gewesen ist. Die Erwägung aller dieser Punkte führt uns, wenn wir nicht die einzelnen Rechtsinstitute und Klagen als zufällig entstandene und willkührlich geordnete Erscheinungen des Rechtslebens ansehen wollen, fast mit Nothwendigkeit zu der Ueberzeugung, daß durch die Behauptung, die exercit. und institoria actio seien gleich an=

1) Thibaut, der, wie wir gesehen haben, die quod jussu actio nach der exercit. und institoria actio entstehen läßt, muß sogar zu der Consequenz kommen, daß diese früher bei freier Stellvertretung möglich waren, als der Vater mit der actio de pec. verpflichtet wurde, denn die Peculienklage ist nach l. 1. Dig. de pec. (XV. 1.) mit der quod jussu zusammen eingeführt worden.

2) Obwohl in l. 51. Dig. de adq. vel omitt. poss. (XLI. 2.) sich bei Labeo eine Hindeutung auf die Möglichkeit dieses Besitzerwerbs findet, sagt noch Neratius in l. 41. Dig. de usurp. et usucap. (XLI. 3.) — quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos jam fere conveniat. Gajus II. § 95. ist lückenhaft. Vergl. auch c. 1. Cod. de adquir. et ret. poss. (VII. 32.).

fänglich auch bei freien Stellvertretern zugelassen worden, eine Bestimmung in das Römische Recht hineingetragen wird, die, wenn sie wirklich getroffen worden wäre, dessen nachweislichen Entwicklungsgang unmöglich gemacht, und der gesammten Lehre eine ganz andere Richtung gegeben haben würde. Wenn bei der Repräsentation durch Freie schon zu den Zeiten der Republik eine directe Verpflichtung des Geschäftsherrn dem dritten Contrahenten gegenüber anerkannt worden wäre, so würde man nicht noch zu Justinian's Zeiten die Möglichkeit des directen Erwerbs der Forderungsrechte durch Stellvertreter geläugnet haben [1]).

Ebensowenig wie bisher kann man Thibaut's Ansicht über die eigentliche Entstehung der quod jussu actio theilen. Richtig ist gewiß, daß er, was wiederum von andern Seiten vielfach bestritten wird, die Klage zuläßt, gleichviel ob des Vaters oder des Sohnes Geschäfte geführt worden sind; unbestreitbar ist ferner, daß die exercitoria und institoria actio nur bei Angelegenheiten des Vaters Platz greifen kann, und endlich, daß ein Mandat in gratiam mandatarii nicht durch Klage geschützt war [2]). Allein der Zusammenhang, in welchen Thibaut diese Sätze bringt, und das Resultat, welches er hieraus zieht, ist nicht zu billigen. Denn bei Peculiargeschäften wurden jene Klagen verweigert, sobald und weil hinsichtlich dieser die Basis der Verantwortlichkeit des Vaters: sein Con-

1) Zum Theil andrer Meinung ist wegen l. 53. Dig. de adq. rer. dom. (XLI. 1.) v. Savigny System Bd. III. S. 96. Allein vergl. dagegen Puchta: Institutionen Bd. II. S. 335. 336. Anmerkg. n. und insbesondere c. 6. Cod. Si quis alter. (IV. 50.). Uebrigens ist für die hier vertheidigte Ansicht, daß die exercitoria und institoria actio Anfangs nur für Handlungen der Unterworfenen gegeben wurde: Mühlenbruch, Cession § 14. S. 142, und, wenn ich ihn anders recht verstehe: Puchta, Institutionen Bd. III. § 266.

2) § 6. J. de mandato (III. 26.), l. 6 § 5. Dig. mandati (XVII. 1.).

sens fehlte [1]), nicht deßhalb, weil an diesen der Vater kein Interesse hatte. Dieser Grund hätte zur Zeit, als die exercit. und institor. actio eingeführt wurden, dieselben in ihrer Anwendung auf Peculienangelegenheiten unmöglich ausschließen können, denn damals gehörte, da erst unter August das peculium castrense eingeführt wurde [2]), das Peculium dem Vater. Gesetzt den Fall, Letzterer gab den Auftrag, eine res peculiaris zu veräußern, weil er den Verkauf für vortheilhaft hielt, so war das nicht ein Geschäft, welches lediglich das Beste des Sohnes betraf, und eben deßhalb konnten jene angeführten Grundsätze über das mandatam in gratiam mandatarii hier nicht Anwendung finden. War auch dieses nicht klagbar, so herrschte doch darüber kein Zweifel, daß bei einem Mandat, wie hier vorgelegen haben würde, die actio mandati hätte zugelassen werden müssen [3]). —

Im geraden Gegensatz zu der von Thibaut gegebenen Entwicklungsgeschichte der besprochenen Klagen, wird man der Wahrheit vielleicht viel näher kommen, wenn man die quod jussu für die alterälteste dieser actiones adj. qualit. hält, nach deren Vorgang und Muster ganz allmählig die exercitoria, institoria und endlich die tributoria actio später entstanden [4]).

1) Daß die Einwilligung des Vaters oder Herrn das eigentlich maaßgebende Moment ist, zeigt recht deutlich l. 1 § 20. Dig. de exerc. act. (XIV. 1.), über deren die ursprünglichen Grundsätze modificirenden Inhalt gleich weiter unten die Rede sein wird.

2) Vgl. Puchta a. a. O. § 282.

3) In jedem Fall würde ein Mandat vorgelegen haben, an welchem beide Theile ein Interesse haben. Ein solches erkennen die Römer aber ausdrücklich an, l. 2 pr. Dig. Mandati (XVII. 1.): Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, — sive mea et tua. l. 6 § 5. eod.: Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit —.

4) Mühlenbruch a. a. O. S. 142. bezeichnet die exercit., institoria und quasi institoria actio sehr glücklich als quod jussu actiones.

Als der Erwerb, den der Haussohn für den Vater machte, auch eine analoge Verpflichtung des Letzteren als billig erscheinen ließ, führte der Prätor, der nur bei einer Versio oder bei gegebener Einwilligung eine Verantwortlichkeit des Vaters annahm, durch ein und dasselbe Edict die de peculio, de in rem verso und die quod jussu actio ein, durch welche Klagen gleichmäßig auf jene beiden verpflichtenden Momente Rücksicht genommen war. Zunächst ganz unabhängig davon bestand bei den Römern die naturgemäße Sitte, bei Ausrüstung eines Schiffs oder Begründung eines Geschäftsetablissements einem Einzigen als Bevollmächtigten die Leitung der ganzen Angelegenheiten zu übertragen. Meistens waren dies gewiß, mindestens früher Sklaven, bei denen häufig sich vorzugsweise die zu jener Thätigkeit nothwendigen Kenntnisse und Kunstfertigkeiten finden mochten, und denen andrerseits keine Bezahlung geleistet zu werden brauchte [1]). Hatte nun der Sklave eine auf den Geschäftskreis, dem er präponirt war, bezügliche Handlung vorgenommen, so konnte der Dominus, wenn er seine Einwilligung dazu ausdrücklich gegeben hatte, unzweifelhaft mit der quod jussu actio belangt werden; einmal aber war dies gewiß nur der seltnere Fall, und sodann gestatteten die Verhältnisse dem dritten Contrahenten nicht immer eine genaue Nachforschung über Stellung und Berechtigung des Präponirten [2]). Aus diesem Grunde wurden die exercit. und

1) Der letzte Umstand hätte vielleicht auch Veranlassung geben können, die Haussöhne ebenso zu verwenden, doch glaube ich, daß nicht dies, sondern der Umstand, daß sie ebenso wie die Sklaven dem Hausherrn direct erwarben, Veranlassung war, sie mit diesen im Edict zusammenzustellen. Die Annahme, daß so wie bei uns die Römer ihre Söhne bei Lebzeiten in's Geschäft genommen hätten, um ihnen dasselbe später ganz zu übergeben, dürfte etwas sehr modern sein.

2) Deßhalb heißt es in l. 1. Dig. de ex. act. (XIV. 1.): — quum

institor. actio eingeführt, Klagen, die ebenso wie die quod jussu den Consens des Dominus zur Basis hatten, und deßhalb als besondere Rechtsmittel charakterisirt wurden, weil die Einwilligung auf eine andere Weise erfolgte [1].

Wir werden weiter unten sehen, daß zwar auch bei der quod jussu actio für den jussus keine besondere Form vorgeschrieben ist [2], allein in der Ernennung zum magister navis oder institor lag objectiv noch kein Consens zu dessen weiteren Handlungen, er konnte daraus gefolgert, aber um den Dominus zu verpflichten, mußte besonders anerkannt werden, daß in dem Präponiren ein Consentiren liege. Daher stellte man später, um jeden Zweifel zu vermeiden und um den dritten Contrahenten ganz sicher zu stellen, den Grundsatz auf, daß in der Einsetzung zum magister oder institor eine Einwilligung zu den Handlungen liege, die derselbe in der verliehenen Eigenschaft vornehme, und hieran knüpfte sich nicht als etwas Neues, sondern als Anwendung eines schon anerkannten Prinzips die Verpflichtung des Dominus. Allein nach einer Seite hin wurde diese noch mehr erweitert. Wenn nämlich der Haussohn selbst wieder Rhederei trieb und ein Schiff ausrüstete, auch wohl selbst wieder einen magister navis bestellte, konnte dann auch gegen den Vater geklagt werden? Es liegt auf der Hand, daß diese in l. 1 § 19 und 20 Dig. de exer-

---

interdum ignari, cujus sint conditionis, vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus —

1) Es wäre auch möglich gewesen, die quod jussu actio unter Beibehaltung ihres Namens auf diese Fälle auszudehnen, allein die besonderen faktischen Voraussetzungen verlangten einerseits noch besondere Modificationen, andrerseits wollte man nur die Verpflichtung des Hausherrn für die Handlungen, die der magister oder institor als solcher vorgenommen hatte, anerkennen, und so war die Einführung neuer Klagen ein natürlicheres Auskunftsmittel.

2) l. 1 § 1. Dig. Quod jussu (XV. 4.).

cit. act. (XIV. 1.) behandelte Frage durch die Aehnlichkeit, welche dieser Fall mit dem andern hat, in welchem der Sohn als magister navis auftritt, veranlaßt worden ist. Die juristischen Voraussetzungen aber sind hier ganz andere, denn das eigentlich obligirende Moment: das Präponiren von Seiten des Vaters fehlt. Deßhalb sagt auch Ulpian, es könne gegen Letzteren nur dann eine Klage gegeben werden, wenn die Ausrüstung des Schiffs mit seinem Willen geschehen sei. Diese Klage ist die exercitoria actio, wenn, wie in § 19. angenommen wird, mit dem magister, den der Sohn ernannt hat, contrahirt worden ist; war mit dem filius familias als exercitor ein Geschäft eingegangen, so konnte die voluntas patris nur die quod jussu actio gegen ihn herbeiführen. Eine andere Auffassung machte sich aber geltend bei den Institoren. Wenn der Haussohn selbstständig mit seinem Peculium ein Geschäft etablirte, und dann, gleichviel, ob er einen Institor ernannt hatte oder nicht, einen darauf bezüglichen Contract einging, zu dem ausdrücklich der Vater seine Einwilligung gegeben hatte, so war gewiß auch hier gegen Letzteren die quod jussu actio anwendbar. Man könnte dies mit dem Bemerken zurückweisen, daß eben für diesen Fall die tributoria actio am Platz gewesen sei, allein ihre Zuläßigkeit würde an sich zunächst schon jene Klage nicht ausschließen; außerdem aber ist in dem angenommenen Fall die Verantwortlichkeit des Vaters deßhalb eine andere und höhere, weil er ausdrücklich eingewilligt hat, während bei der tributoria, wie Ulpian sagt, nicht voluntas, sondern nur patientia erforderlich ist [1].

Hatte der Haussohn für sein Geschäft einen Institor ernannt, und es war mit diesem contrahirt worden, so hätte

1) l. 1 § 3. Dig. de tribut. act. (XIV. 4.): Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem. Sed, ut ego puto, non voluntatem sed patientiam; non enim velle debet dominus, sed non nolle —.

bei vorliegendem Consens des Vaters nach Vorgang der exercitoria actio hier die institoria gegen Letzteren angestellt werden können. Allein diese Möglichkeit wird eben durch die Worte der l. 1 § 20 cit.: At institorum non idem usus est — geläugnet. Weßhalb dies geschehen ist, läßt sich vielleicht daraus abnehmen, daß im weiteren Verlauf seiner Rede Ulpian vor einer allzugroßen Beschwerung des Vaters durch gehäufte Verpflichtung warnt [1]). Bei der exercitoria war dies nicht in Betracht gekommen, weil man aus allgemeinen Gründen die Ausrüstung der Schiffe und eine strenge Verbindlichkeit dabei befördern zu müssen glaubte [2]). Ebensowenig wie die institoria konnte aber in jenem Fall die quod jussu actio angestellt werden, denn der jussus, wie wir sehen werden, ist der rücksichtlich des Hausunterthänigen ausgesprochne oder überhaupt kundgegebene Wille des Hausherrn, er ist also nicht möglich bei Handlungen des Institors, der nicht unter der Gewalt des Vaters steht, und hiermit fällt auch die Möglichkeit der quod jussu actio weg [3]). Hiergegen könnte man vielleicht einwenden, daß, wenn der Vater allgemein zu der Ernennung des Institor durch den Haussohn consentirt hat, dann doch ein jussus vorliege, und hieraus sich die actio quod jussu als anwendbar ergebe. Allein die Klage entsteht auch dann nur für das Verhältniß, in welches der Haussohn zu

1) l. 1 § 20 cit.: — In re igitur dubia melius est, verbis edicti servire, et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare, neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem.

2) l. 1 § 20 cit.: — quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet. l. 1 cit. pr.: — in navis magistro non ita, nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium.

3) Anders muß die Entscheidung ausfallen, wenn der Institor des Sohnes auch unter der potestas des Vaters steht, z. B. ein Peculiarsclave ist.

dem Institor tritt. Letzterer würde die actio gegen den Vater haben, wenn z. B. über den ihm ausgesetzten Lohn Streit entstünde [1]), der Contrahent des Institor kann sie aber deßhalb nicht haben, weil zu den Handlungen des Institor der Vater seinen Consens nicht ausgesprochen hat, und als jussus gar nicht aussprechen kann. Somit würde also Derjenige, welcher mit dem Institor des Haussohnes contrahirt hat, gegen den Vater bei nicht vorhandener Version keine Klage gehabt haben, wenn nicht für diesen Fall durch ein anderes Rechtsmittel gesorgt gewesen wäre, nämlich durch die actio tributoria. Gewiß war diese Klage für den angegebenen Fall nicht erst eingeführt worden; da in demselben ein Freier als Institor vorausgesetzt wird, konnte er erst verhältnißmäßig später zur Beurtheilung kommen, und die tributoria ist ebenfalls schon Labeo bekannt [2]). Jedenfalls mußte sie aber als ein dem Bedürfniß sehr glücklich abhelfendes Auskunftsmittel erscheinen, und eben um ihre Bedeutung hervorzuheben und an einem einzelnen Fall nachzuweisen, ist sie in dieser Verbindung mit den übrigen actiones adj. qual. hier aufgeführt worden. Die nähere Untersuchung über ihre Entstehung würde uns zu weit führen.

Als Resultat dieser ganzen Untersuchung ist aufzustellen, daß der Ursprung der exercit. und institoria in dem schon bei der quod jussu anerkannten Prinzip zu suchen ist. Bei der letzteren verpflichtet den Vater sein auch nur formlos kundgegebener Wille, bei jenen ist es die concludente Handlung der Ernennung zum magister navis oder institor, die ihn verantwortlich macht. Die actio quod jussu ist demnach unter

1) Daß sich die übrigen Requisite der quod jussu actio erfüllen, wird hier überall stillschweigend vorausgesetzt.

2) l. 5 § 7. 12., l. 7 § 4., l. 9 § 2. Dig. de trib. act. (XIV. 4.).

den genannten die älteste Klage. Hierüber mögen nun noch folgende Bemerkungen Platz finden:

1) Wir wissen, daß in ein und demselben Edict die actio de pec. de in rem verso und die quod jussu eingeführt wurden. Daß die ersteren beiden Klagen auf diese Weise verbunden, und in einem Edict verstattet werden, erscheint bei der oben näher erörterten Verwandtschaft, in der sie zu einander stehen, ganz gerechtfertigt; auffällig dagegen ist die Verbindung, in die sie mit der quod jussu actio gesetzt sind, die doch ein ganz anderes Fundament hat. Wenn die exercit. und institoria actio schon früher entstanden waren, und nun, wie Thibaut annimmt, sich das Bedürfniß zeigte, auch bei Handlungen in Peculiarangelegenheiten ein Verbindlichwerden des Vaters durch seinen Consens anzuerkennen, wie kommt es, daß dasselbe Edict auch die Klagen wegen Version enthielt? Die verschiedenartigsten Erklärungsversuche werden dies immer nur als einen mehr oder minder wahrscheinlichen Zufall darstellen können, wogegen jene Verbindung der angeführten Klagen fast als eine Nothwendigkeit hervortritt, sobald wir das Edict, welches sie einführte, für das älteste halten. Die Rechtsansicht, daß auch der Vater verantwortlich werden müsse, hatte ihren Grund darin, daß einmal häufig Fälle vorkamen, wo Jener irgend einen Nutzen direct oder indirect aus der Handlung seines Sohnes zog, oder wo er zu derselben seine Einwilligung gab, und sodann die in dem einen wie in dem andern Fall billig erscheinende Verpflichtung nicht eintrat. Dem so entstandenen Bedürfniß konnte nur dadurch abgeholfen werden, daß gegen den Vater unter der einen wie unter der andern Voraussetzung, bei Version und Consens eine Klage zugelassen wurde, und deßhalb umfaßte das älteste hierauf bezügliche Edict: die de in rem verso, de peculio und die quod jussu actio.

2) Es hat den Anschein, als ob die historischen Nachrichten über Entstehung dieser Klagen, die sich in unsern Quellen finden, der hier vertheidigten Ansicht widersprächen. Der älteste Jurist, der die quod jussu actio erwähnt, ist Labeo [1]), ein Schüler des Trebatius und Ofilius [2]). Letzterer aber, der, wie wir wissen, zuerst über das Edict schrieb, hat schon die exercitoria actio gekannt [3]), die directen Nachrichten über diese Klage gehen mithin in eine frühere Zeit noch zurück, als die über die quod jussu actio vorhandenen. Allein in dem Digestentitel de in rem verso findet sich ein Fragment aus dem lib. II. Digestor. des Alfenus Varus, der, ein Zeitgenosse des Labeo, zusammen mit Ofilius ein Schüler des Servius Sulpicius Rufus war [4]), und nach einer sehr wahrscheinlichen Vermuthung nicht selbst Verfasser, sondern nur Herausgeber eben jenes von seinem Lehrer Servius verfaßten und in den Pandekten excerpirten Werkes gewesen ist [5]). Wenn aber die de in rem verso actio dem Alfenus, der ein Mitschüler des Ofilius war, oder gar, wenn jene Annahme richtig ist, dem Lehrer des Letzteren, dem Servius schon bekannt war, so hat, da die qnod jussu actio zugleich mit jener Klage eingeführt wurde, jene auch schon zu derselben Zeit existirt. Das Verhältniß kehrt sich also dahin um, daß die Nachrichten über das Bestehen der quod jussu eben so weit, ja sogar noch weiter zurückdatiren, als die über die actio exercitoria.

1) l. 1 § 9. Dig. h. t. (XV. 4.).
2) l. 2 § 47. Dig. de origine jur. (I. 2.).
3) l. 1 § 9. Dig. de exerc. act. (XIV. 1.).
4) l. 2 § 44. Dig. de O. J. (I. 2.).
5) Auf diese Annahme führt der Umstand, daß die Basiliken dem Servius zuschreiben, was in den Digesten als von Alfenus herrührend bezeichnet wird. Vgl. Hugo: Rechtsgesch. S. 714. Zimmern: Geschichte u. s. w. Bd. I. Abth. I. S. 295.

Diese Prüfung der Quellenzeugnisse konnte der Vollständigkeit halber nicht übergangen werden; ein Beweis ist aber, bei der fragmentarischen Kenntniß, die wir von den Schriften der Römischen Juristen haben, daraus nicht zu entnehmen.

3) Endlich dürfte auch hier, wie oben bei der Untersuchung über die Entstehung der exercitoria und institoria actio, einiges Gewicht auf die allgemeine Ausdrucksweise der Quellen in dieser Beziehung zu legen sein. Wo auch in den Quellen die verschiedenen actiones adj. qualit. neben einander aufgezählt werden, überall nimmt die quod jussu actio den ersten Platz ein [1]). Hierauf folgt mit den einleitenden Worten: eadem ratione comparavit Praetor duas alias actiones die exercitoria und institoria, an die sich sodann die tributoria actio anschließt, ja, Gajus IV. § 70. sagt: vor Allem (inprimis) habe der Prätor die quod jussu actio gegeben. Wenn auch dieses inprimis nicht von der Zeit, so ist es doch in der Weise zu verstehen, daß der Jurist meint, jene Klage sei die zunächst nothwendige gewesen. Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, daß aus der gleichmäßig festgehaltenen Reihenfolge deßhalb nichts geschlossen werden könne, weil die de in rem verso und de peculio actio, welche doch, wenn nach dem Alter die Klagen angegeben würden, neben der quod jussu hätten stehen müssen, erst weiter unten ihren Platz finden. Zunächst werden nämlich die Klagen angeführt, bei welchen der Consens den Vater verpflichtet, hierauf die anderen wegen versio in rem gegen ihn zugelassenen; aus diesem Grunde konnte die de in rem verso actio und die Peculienklage nicht neben die quod jussu gestellt werden, und es bleibt deßhalb nicht minder bemerkenswerth, daß letztere allen voransteht.

1) Gajus IV. 70. — § 1 sq. J. Quod cum eo (IV. 7.).

III. Ueber den Jussus.

Die erste Bedingung für Anwendung der quod jussu actio im einzelnen Fall ist die, daß der Vater seine Einwilligung zu der Handlung des Haussohnes in Form eines jussus zu erkennen gegeben hat. Hieraus ergeben sich als zunächst zu beantwortende Fragen, was wir uns unter jussus, den wir vorläufig mit dem deutschen Wort: Befehl bezeichnen wollen, zu denken haben, und gegen wen derselbe ausgesprochen werden kann und muß? Hinsichtlich der letzteren dieser beiden Fragen ist nun bekanntlich seit der Zeit der Glossatoren Streit, der nur deßhalb nicht noch heftiger geworden ist, weil, wie Thibaut sehr richtig bemerkt [1]), die meisten Juristen durch unbestimmten Ausdruck denselben zu vermeiden wußten. Selbst die genauste Dogmengeschichte würde hier aber nur wenig Belehrendes haben. An zwei Personen kann möglicherweise der Befehl gerichtet werden: an den Haussohn und an den dritten Contrahenten. Hiernach ergeben sich drei verschiedene Meinungen als möglich, von denen auch jede ihre Vertreter gefunden hat. Die Einen behaupten, der Befehl müsse an den Sohn, die Anderen, er müsse an den Dritten ergehen, noch Andere machen keinen Unterschied und lassen in beiden Fällen die quod jussu actio zu. In diese dreifache Ansicht theilen sich, ohne daß Modificationen vorkämen, oder auch nur möglich wären, die älteren Juristen, ja, meistens tragen sie ihre Ansicht ohne Anführung von Gründen vor. Zur Uebersicht über die Entwicklung, welche das Dogma hier gehabt hat, reicht es deßhalb vollständig hin, die Ansichten einiger neueren Juristen zu prüfen, die ihre Meinung, sei es aus den Quellen oder anderweitig, zu beweisen suchen.

1) a. a. O. S. 183.

I. Unter Denjenigen, welche zur Entstehung der quod jussu verlangen, daß der Befehl an den Hausunterthänigen ertheilt worden sein müsse, sind besonders hervorzuheben: Stryk[1]), Glück[2]), Hugo[3]), Schweppe[4]) und Zimmern[5]), die sich für ihre Ansicht gemeinschaftlich darauf stützen, daß ein Befehl nur dem Unterworfenen gegenüber möglich sei, sofern er einem Dritten ertheilt werde, aber den Charakter eines Mandats annehme, und dann die Mandatsklage begründe, wodurch die quod jussu actio überflüssig geworden sein würde.

Gegen diese Ansicht sind gewiß mit vollem Recht aufgetreten: Thibaut[6]), Kritz[7]) und Schmid[8]). Einmal nämlich läßt es sich aus einer ganzen Reihe von Quellenstellen nachweisen, daß die Römer den Ausdruck: jubere auch dem nicht Unterworfenen gegenüber brauchten, und dann haben wir einige Aussprüche Römischer Juristen, in denen die Möglichkeit, durch einen an den dritten Contrahenten gerichteten Befehl die quod jussu actio zu begründen, ziemlich unzweideutig anerkannt wird[9]).

II. Im vollständigen Gegensatz mit der eben angegebenen Meinung steht die andere, daß nur dem Dritten befohlen

---

1) Usus modern. Pand. lib. XV. tit. 4. § 1.

2) Commentar. Bd. 14. S. 424. 427.

3) Rechtsgeschichte S. 593.

4) Rechtsgeschichte S. 516.

5) a. a. O. S. 704. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. I. S. 411. und Bucher, Recht der Forderungen S. 515, die Schmid im Archiv Bd. XXIX. S. 113 für diese Ansicht aufführt, äußern sich so zweideutig, daß ihre Meinung mit Bestimmtheit nicht zu erkennen ist.

6) a. a. O. S. 184.

7) Pandektenrecht Bd. I. Thl. I. S. 466.

8) Archiv Bd. 29. S. 121. folgde.

9) z. B. l. 1. § 1. Dig. h. t. (XV. 4.).

werden könne, und befohlen worden sein müsse. Diese Ansicht ist zuerst aufgestellt worden von Pillius[1]), ihr berühmtester Vertheidiger unter den Aelteren ist aber Cujas. In seinem Commentar zum Codex lib. IV. tit. 26 sagt er[2]):

Si pater jubeat filium accipere mutuam pecuniam, pater tenetur utili actione institoria, et cessat quod jussu. Sed si pater jubeat creditorem dare filio pecuniam, tunc competit solum actio quod jussu: cum pater loquitur cum creditore ipso.

Vor Allem ist darauf aufmerksam zu machen, daß der hauptsächlichste Grund und Beleg dieser Meinung wohl zu suchen ist in der

C. ult. Cod. de exerc. et inst. act. (IV. 25.):
Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institoriae recte de solido dominum convenit.

Aus dieser Constitution zieht Cujas den Schluß, daß die quod jussu actio in Wegfall komme, wenn der Vater dem Sohn den Befehl ertheilt habe; es müsse also dem dritten Contrahenten befohlen worden sein. Allein wie wenig Gewicht diesen Gründen beizulegen ist, zeigt sich durch die einfache Betrachtung, daß die quasi institoria offenbar weit jüngeren Ursprungs ist, als die quod jussu actio. Zuerst scheint jene Klage zugelassen worden zu sein von Papinian[3]), der bekanntlich ein Zeitgenosse des Marc Aurel und Caracalla war, und ungefähr zweihundert Jahre nach Labeo, dem die

1) Vergl. v. Savigny: Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter Bd. IV. Cap. 32.

2) Editio Neapolit. tom. IX. pag. 309.

3) Von ihm rühren wohl alle Stellen in den Digesten her, wo jene Klage erwähnt wird: l. 31. Dig. de neg. gest. (III. 5.) l. 19. Dig. de inst. act. (XIV. 3.).

quod jussu actio bekannt war, lebte. Es entsteht demnach die begründete Frage, welche Klage während dieser zwei Jahrhunderte in dem Fall des vom Vater an den Sohn ertheilten Befehles zugelassen wurde, und es ist nicht einzusehen, wie Cujas die ursprüngliche Natur der quod jussu actio aus einer Klage erklären will, die umsoviel später erst entstanden ist.

Von den neueren Juristen haben sich zu derselben Ansicht wieder Kritz und Schmid bekannt, und es ist nicht zu läugnen, daß diese bei Weitem bessere Gründe für sich anzuführen wissen. Vor Allem sind es die Quellen, worauf sich Schmid stützt [1]), und indem er die Zweideutigkeit mancher Aussprüche der Römischen Juristen anerkennt und zugiebt, scheint er um so berechtigter, diese nach Maaßgabe anderer Stellen zu erklären, in denen allerdings die Möglichkeit durch einen Befehl an den dritten Contrahenten, die quod jussu zu begründen, wohl unzweifelhaft anerkannt wird. Allein in der That thut Schmid doch auch denjenigen Stellen, deren Zweideutigkeit er selbst zugiebt, dadurch Gewalt an, daß er auf künstliche Weise seine Meinung ihnen unterschiebt, und in keiner Beziehung ist der von ihm versuchte Nachweis gelungen, daß eine Quellenstelle exclusiv zu der actio quod jussu die Ertheilung des Befehles an den dritten Contrahenten fordere. Das Erstere an den einzelnen von ihm citirten und interpretirten Stellen nachzuweisen, würde eine unnöthige Weitläufigkeit sein, da ihm einerseits unbezweifelt zuzugeben ist, daß die Quellen mehrfach deutlich von einem jussus an den Contrahenten sprechen, andrerseits die const. 13. Cod. Quod cum eo (IV. 26.), welche angeblich diesen Fall als den allein möglichen bezeichnet, sogleich näher geprüft werden soll. Nur auf das Eine

---

1) a. a. O. S. 121. folgde.

dürfte aufmerksam zu machen sein, daß Schmid mit Unrecht aus den Stellen, in denen allgemein gesagt wird, die quod jussu actio sei für Denjenigen begründet, der jussu patris mit dem Hausunterthänigen contrahirt habe, schließt, die Römischen Juristen hätten hierbei stets einen Befehl an den dritten Contrahenten vorausgesetzt. Könnte dies angenommen werden, dann wäre freilich die von Schmid vertheidigte Ansicht ohne Zweifel die einzig richtige; daß aber jene Supposition ungerechtfertigt ist, zeigt sich dadurch, daß der jussus doch wohl nichts Anderes ist als eine besondere Form der Einwilligung. Es kann also Jemand jussu patris, d. h. unter Zustimmung des Vaters zu dem mit dem Haussohn abgeschlossenen Vertrag mit diesem contrahiren, ohne daß der Befehl direct an ihn gerichtet sein mußte. Wenn die voluntas patris das diesen verpflichtende Moment ist, — und daß dies der Fall ist, wird wohl kaum Jemand läugnen — so kann es doch unmöglich in Abrede gestellt werden, daß der Dritte auch zufolge des dem Sohn ertheilten Befehles handeln kann und deßhalb nicht minder die Klage erwirbt. Hiergegen kann auch nicht angeführt werden

> § 1. J. Quod cum eo (IV. 7.): Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum Praetor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia, qui ita contrahit, fidem domini sequitur.

In den Schlußworten dieser Stelle wird die Klage nicht dadurch gerechtfertigt, daß der Dritte den an ihn ergangnen Befehl des Dominus befolgt; vielmehr ist nur gesagt, die Klage stehe zu, weil der dritte Contrahent, nachdem der Herr seine Einwilligung in Form eines jussus gegeben, sich auf die fides domini verläßt. Wäre an ihn direct der Befehl ergangen, so würde er nicht auf die fides, sondern auf den

jussus vertrauen. In gleicher Weise ist kein entscheidendes Gewicht zu legen auf Gajus IV. § 70. l. 1. § 8. 9. l. 2. pr. § 1. l. 4. Dig. h. t. (XV. 4.). Ganz anders verhält es sich dagegen mit der l. 1. § 1. Dig. h. t., wo von der Art und Weise, wie ein jussus gegeben werden kann, die Rede ist, und Ulpian sagt:

Et ideo et si sic contestatus sit: quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo, videtur ad omnia jussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.

Hier werden die befehlenden Worte als an den Dritten direct gerichtet angeführt, an ihn wird also der Befehl gegeben. Ganz ähnlich verhält es sich mit der

l. 5. § 1. h. t. Si unus ex servi dominis jussit contrahi cum eo, is solus tenebitur et q. s.

Der hier gesetzte Fall ist von dem anderen: si jussu domini cum servo contractum oder servo creditum sit, wohl zu unterscheiden. Wenn es heißt, es habe Jemand jussu patris contrahirt, so ist damit nicht entschieden, gegen wen der Befehl ausgesprochen war; wenn aber gesagt wird: es befiehlt ein Miteigenthümer eines Sklaven, mit diesem zu contrahiren, so wird offenbar eine dritte Person vorausgesetzt, der befohlen wird. In l. 1. § 1 und l. 5. § 1. h. t. wird also der Theil der Ansicht von Schmid, daß auch gegen den Dritten der jussus gerichtet werden kann, vollständig gerechtfertigt. Allein Schmid behauptet diese Möglichkeit als Nothwendigkeit, und dies soll sich ergeben aus:

const. 13. Cod. Quod cum eo (IV. 26.): Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur, Quod jussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut qui servo,

colono, conductori, procuratori actorive possessionis, pecuniam mutuam dat, sciat, dominos possessionum, cultoresve terrarum obligari non posse. Neque familiares epistolas, quibus homines plerumque commendant absentem, in id trahere convenit, ut pecuniam, quam rogatus non fuerat, impendisse pro praediis mentiatur, quum, nisi specialiter, ut pecuniam praestet, a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit; creditaque quantitate mulctari volumus creditores, si hujusmodi personis, non jubente domino nec fidejussoribus specialiter acceptis, fuerit credita pecunia.

Diese Constitution soll dadurch eine besondere Bedeutung erhalten, daß sie nicht nur unzweideutig einen Befehl an den Contrahenten des Sklaven als die Grundlage der actio quod jussu anerkenne, sondern mittelbar auch den andern Fall ausschließe. Das Erstere ist unbedingt zuzugeben, da die angeführte Constitution nicht bloß ganz ähnlich, wie unter Voraussetzung anderer faktischer Verhältnisse die l. 5. § 1., sondern sogar noch deutlicher als diese spricht. Mit der zweiten Behauptung dagegen geht man zu weit.

Die Argumentation, welche Schmid jener Stelle entnimmt, ist folgende: es soll in ihr allgemein angegeben werden, unter welchen Bedingungen Derjenige, welcher einem servus ein Darlehn gegeben hat, die actio quod jussu anstellen kann; wäre dies nicht bloß bei einem Befehl an den Dritten, sondern auch bei einem Befehl an den Sklaven selbst möglich, so würde dies besonders gesagt sein; da es nicht gesagt ist, muß man das Gegentheil annehmen. Auf diesen negativen Beweis ist wohl kaum viel Gewicht zu legen; mit fast gleichem Recht könnte man dieser Argumentation die andere entgegenstellen: es ist nirgends in den Quellen ausgespro-

chen, daß die actio quod jussu bei einem Befehl an den Unterworfenen nicht anzustellen sei, also ist sie in diesem Fall anwendbar. Allein von allem Anderen abgesehen, kann aus der angeführten const. 13. deßhalb eine allgemeine Regel nie entnommen werden, weil sie in doppelter Beziehung auf einen speziellen Fall beschränkt ist. Einmal handelt sie nur von dem einem Hausunterthänigen gemachten Darlehn, und hierfür war bei der dem Herrn durch Aufnahme von Geld leicht erwachsenden Gefahr, eine singuläre Bestimmung zu geben, sehr gerechtfertigt; zweitens spricht sie nur von den servi und zwar nur von einer gewissen Art von Sklaven, wie schon aus den Worten: dominos possessionum, cultoresve terrarum obligari non posse — mit Evidenz hervorgeht. Hätten die Kaiser die ganze bis dahin geltende Lehre über die actio quod jussu abändern wollen, so würden sie sich allgemeinerer Ausdrücke bedient haben, so aber wollten sie zwar eine neue Bestimmung treffen, denn sie sagen: in perpetuum edictali lege sancimus, allein diese Bestimmung war durchaus singulärer Natur.

III. Neben den bisher mitgetheilten Ansichten steht schon seit den Zeiten der Glosse eine dritte, derzufolge der Befehl, gleichviel ob er an den Hausunterthänigen selbst, oder an dessen Contrahenten gerichtet worden ist, die quod jussu actio nach sich zieht. Diese Meinung hat schon Accursius [1]), und Johannes, der nur bei einem Befehl an den Dritten eine Concurrenz der mandati und quod jussu actio annimmt. In Uebereinstimmung hiermit stehen mehrere Praktiker, so Lauterbach [2]) und Voët [3]), indem sie zwischen einer necessaria und utilis quod jussu actio unterscheiden. Jene soll Statt

1) Glossa ad l. 1. Dig. h. t. (XV. 4.).
2) Colleg. th.-pract. lib. XV. tit. 4. § 3.
3) ad Pand. lib. XV. tit. 4. § 1.

haben, wenn dem Sohn direct befohlen worden ist, diese ist deßhalb eine utilis, weil sie, einen jussus an den Dritten voraussetzend, mit der Mandatsklage concurrirt. Gegen diesen Unterschied erklärt sich entschieden Thibaut[1]), der im Allgemeinen der Accursischen Meinung folgt, aber für unser jetziges Recht die quod jussu actio nie für eine necessaria hält. In neuster Zeit hat sich auch v. Vangerow dahin erklärt, daß die actio quod jussu recht eigentlich dann zustehe, wenn der Vater dem Sohne die Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten geboten habe, daß es aber Unrecht sei, hierbei stehen zu bleiben, indem die Klage auch dann Statt finde, wenn der Vater dem Dritten den Auftrag gegeben, oder das abgeschlossene Geschäft ratihabirt habe[2]). Diese Ansicht von v. Vangerow halte ich mit der einzigen Modification, daß die Klage nicht eigentlicher in dem einen als in dem andern Fall zusteht, für die allein richtige[3]).

Die große Meinungsverschiedenheit, welche über diese ganze Frage entstanden, die mehrfachen Irrthümer, in welche man bei Erörterung derselben verfallen ist, haben den gemeinschaftlichen Grund, daß man sich von dem Begriff des jussus entweder gar keine bestimmte, oder eine irrige Vorstellung gemacht hat. Sowohl die Anhänger der ersten als die der zweiten oben mitgetheilten Meinung gehen stillschweigend von der Annahme aus, daß man sich unter jussus den einer andern Person gegebenen Befehl, eine Jemandem ertheilte Ordre

1) a. a. O. S. 185.

2) Leitfaden Bd. I. Abthlg. II. S. 366.

3) Der Vorzug der Vangerow'schen Meinung liegt darin, daß einerseits hervorgehoben wird, wie jussus zunächst sich auf den Unterworfenen bezieht, andrerseits nicht, wie dies von den Anhängern der Ansicht I geschah, verkannt wird, daß die Bedeutung des jussus demselben eine Wirkung über das Unterthänigkeitsverhältniß hinaus verleiht.

zu denken habe, wobei stets zwei Personen einander gegenüber stünden. Hieran knüpfte sich mit Nothwendigkeit die Frage, wer Derjenige sei, dem befohlen werde. Daß diese Voraussetzung aber eine durchaus unbegründete ist, welche zu Mißverständnissen führen mußte, wäre sogleich erkannt worden, wenn man sich jemals die Frage vorgelegt hätte, wie die Römer darauf gekommen sein sollen, einen solchen Befehl als verpflichtend für den Vater anzusehen. Auf diese Frage würde man keine Antwort gefunden, vielmehr aus den Quellen ersehen haben, daß nur die voluntas domini das verpflichtende Moment ist, und diese als Voraussetzung unserer Klage mit dem Ausdruck jussus bezeichnet wird. Mit diesem Resultat können wir uns natürlich nicht begnügen, es handelt sich weiter darum, zu erfahren, weßhalb die Römer hier für voluntas das Wort jussus gebrauchen. Für das Auftragen eines Geschäftes sind in unsern Quellen die üblichsten Ausdrücke: mando, volo, rogo, praecipio, jubeo. Daß diese Ausdrücke promiscue dem extraneus und Hausunterthänigen gegenüber gebraucht worden sind, läßt sich nicht in Abrede stellen, vorherrschend war es aber doch, den Ausdruck mandare, wodurch die Begründung eines bestimmten nur zwischen von einander Unabhängigen möglichen Rechtsverhältnisses bezeichnet wurde, gegen einen der potestas nicht Unterworfenen, den Ausdruck jubere gegen den Haussohn oder Sklaven anzuwenden. Hierfür darf man sich auf fast alle Stellen der Digestentitel: Mandati und Quod jussu berufen, auch ist besonders instructiv in dieser Beziehung die l. 25. Dig. de adq. vel omitt. hered. (XXIX. 2.). Nach diesem, neben jener untermischten Anwendung der angeführten Worte, bestehenden Sprachgebrauch wird also „jubere" besonders dann gesagt, wenn der Empfänger des jussus sub potestate ist, und deßhalb von ihm nicht nur ein von seinem Gutdünken abhängi-

ges Befolgen, sondern Gehorsam erwartet, eventuell erzwungen werden kann. Hierzu war es aber nicht nothwendig, daß der jussus dem zum Gehorsam Verpflichteten direct mitgetheilt wurde; dasselbe war auch dann der Fall, und es konnte also auch dann von einem jubere die Rede sein, wenn der jussus an einen Dritten in Bezug auf eine mit dem Unterworfenen vorzunehmende Handlung gerichtet wurde. Nicht für Jenen, wohl aber für Diesen war dann ein Geheiß, dem Folge geleistet werden mußte, vorhanden. Jubere heißt also hier nicht bloß: einem Hausunterthänigen befehlen, sondern mit Rücksicht auf denselben eine Bestimmung treffen; jussus ist nicht der einer gewissen Person ertheilte Befehl, sondern bedeutet soviel als der Wille, den der dazu Berechtigte in Bezug auf den zum Gehorsam Verpflichteten zu erkennen giebt. Nunmehr läßt sich die so sehr controverse Frage leicht entscheiden. Die voluntas verpflichtet den Hausherrn, der jussus ist eine nicht hinsichtlich der Form, sondern nur hinsichtlich des Personenkreises, auf den er sich bezieht, besonders charakterisirte Art des Willens; wie bei diesem so ist auch bei jenem nur erforderlich, daß er vorhanden ist, gegen wen er aber ausgesprochen, wem er ertheilt wurde, ist durchaus gleichgültig.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht lassen sich folgende Belege beibringen:

1) Wir haben Stellen, in denen ein an den dritten Contrahenten gerichteter jussus vorausgesetzt wird, sie sind schon oben angeführt, und so unzweideutig, daß über dieselben nichts weiter hinzugefügt zu werden braucht, ebenso wird aber auch mehrfach anerkannt, daß die quod jussu actio nicht einen dem dritten Contrahenten ertheilten Befehl voraussetzt. In l. 1. § 4. D. h. t. (XV. 4.) sagt Ulpian:

> Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur quod jussu.

Der Herr soll also sich die Klage gefallen lassen müssen, wenn er das chirographum des Sklaven unterschreibt. Mag man sich die Form dieser Handschrift denken wie man will, um den Grundsatz zu retten, daß der Befehl dem Dritten ertheilt sein mußte, würde man zu der kühnen Annahme gezwungen sein, Ulpian halte es für selbstverständlich (denn er sagt davon nicht ein Wort), daß der Dominus unter jene einen Befehl an den Dritten, das Geschäft mit dem Sklaven einzugehen, schreibe! Und doch hat der Jurist, indem er ausdrücklich erwähnt, daß auch die subscriptio den Dominus verantwortlich mache, offenbar eine Abweichung von den vorher besprochenen gewöhnlichen Formen, nämlich, nach seinen Worten, den Fall im Auge, daß der Herr einfach seinen Namen unterzeichnet hat. Schmid behauptet zwar, es müsse, da in demselben Bruchstück, nämlich in § 2 ein jussus an den Contrahenten des Sklaven sich finde, angenommen werden, daß auch hier von einem gleichartigen jussus die Rede sei; allein einmal verkennt er dabei, daß eben die für ihn sprechenden Worte des § 2 als Beispiel, durchaus nicht als Voraussetzung für die nachfolgenden Bestimmungen angeführt werden, sodann ist nicht einzusehen, wie ein solcher gleichartiger jussus angenommen werden soll. Entweder muß man voraussetzen, der Dominus habe einen Befehl an den Dritten unter das chirographum servi geschrieben, und das wird Schmid schwerlich behaupten wollen, oder man muß annehmen, der jussus an den Dritten werde als schon ertheilt von Ulpian vorausgesetzt, und dann wäre sein Ausspruch die größte Trivialität, da dann das Unterschreiben des schon verpflichteten Herrn ganz bedeutungslos wäre. Noch wichtiger als die angeführte l. 1. § 4. ist aber für uns

l. 5. § 2. Dig. de in rem verso (XV. 3.): Quod servus domino emit, si quidem voluntate ejus emit, potest quod jussu agi.

Es ist nicht möglich, daß das von uns behauptete Prinzip der quod jussu actio reiner und unzweideutiger anerkannt werde, als es durch diese Worte geschieht. Aus ihnen soll nicht herausinterpretirt werden, daß die voluntas hier dem servus, nicht dem Dritten zu erkennen gegeben worden sei, obgleich dies gewiß leichter darzuthun wäre als das Gegentheil. Das Entscheidende an dieser Stelle ist, daß hier zur quod jussu actio gar kein jussus mit der weiteren Frage, an wen dieser zu richten sei, sondern lediglich die voluntas domini vorausgesetzt wird.

2) Nach der bisherigen Untersuchung sprechen unsre Quellen bald von einem dem dritten Contrahenten ertheilten Befehl, zuweilen fordern sie denselben zur Entstehung der quod jussu actio nicht, in vielen Stellen ist der Ausdruck so allgemein gehalten, daß nur auf künstliche Weise eine bestimmte Voraussetzung, an wen der jussus ertheilt worden sein müsse, in sie hineininterpretirt werden kann. Eine sichere Haltung haben also in Bezug auf unsere Frage die Quellen in keiner Weise, und hierin ist bei der präcisen Schreibart der Römischen Juristen kein unbedeutender Beleg dafür zu finden, daß sie auf diesen Punkt gar kein Gewicht legten. Wäre ein jussus an den Dritten eine nothwendige Voraussetzung gewesen, von deren Erfüllung die Anwendbarkeit der quod jussu actio unbedingt abhing, so würden die Römer sich nicht so unbestimmt aussprechen, wie sie es über einen gleichgültigen Umstand mit Recht thun, es würde in die Compilation über diesen Cardinalpunkt eine Stelle aufgenommen worden sein, in welcher jenes Requisit deutlich ausgesprochen wäre. Schmid meint zwar, den Römischen Juristen habe die Natur des ganzen Instituts so klar vor Augen gestanden, daß sie keinen Grund gehabt hätten, ängstlich die hier gebrauchten zweideutigen Ausdrücke zu vermeiden, um einem nur später möglichen

Mißverständnisse vorzubeugen [1]), allein hiermit thut er einem Gajus, Ulpian und Paulus schweres Unrecht. Ihnen standen wohl alle Rechtsverhältnisse, die sie in ihren Schriften vortrugen, ganz klar vor Augen, und doch vermieden sie zu unserem großen Heile mit vielem Glück auch bei dem ihnen Alltäglichen jede Zweideutigkeit, sobald es einen wesentlichen Punkt betraf. Auf das Unwesentliche gehen sie allerdings häufig selbst auf die Gefahr hin nicht ein, von den späteren Interpreten ungeachtet ihres genauen und sorgfältig gewählten Ausdrucks dennoch nicht verstanden zu werden.

3) Es unterliegt nach l. 1. § 6. Dig. h. t. (XV. 4.):

> Si ratum habuerit quis, quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eum datur

keinem Zweifel, daß die nachfolgende Genehmhaltung den Vater ebenso gut verpflichtet wie der vorangegangene Consens. Wie dies möglich sein soll, sobald zur Entstehung der quod jussu actio ausdrücklich ein Befehl an den dritten Contrahenten gefordert wird, ist schwer einzusehen. Wenn Dieser nur dann klagberechtigt ist, sobald er auf Geheiß des Vaters handelt, wie kann er es auch dann sein, wenn ganz allgemein ratihabirt wird? In der That müßte mindestens gesagt sein, daß die Ratihabition gegen ihn ausgesprochen werden müsse, und auch dann wäre die Klage noch immer nicht möglich, denn angeblich ist sie ja nicht bloß durch die Existenz des Willens, sondern durch die Willenserklärung an eine bestimmte Person bedingt, und die Genehmhaltung kann nur jenen, nicht auch diese ersetzen. Schmid behauptet, auch bei dieser Stelle sei von einem jussus an den Contrahenten des Sklaven die Rede, also soll wohl dieser erst ertheilt und nachher ratihabirt worden sein? Dann wäre auch in dieser Stelle, abgesehen von

1) a. a. O. S. 126.

einem außerordentlich ungenauen Ausdruck, wenig Neues enthalten sein.

Erklären wir die Stelle nach ihrem kaum mißzuverstehenden Wortlaut, so soll die Ratihabition dieselbe Wirkung haben wie der jussus. Die Ratihabition erfolgt aber ganz allgemein, sie kann gar nicht bloß dem Contrahenten gegenüber geschehen. Wollte man fordern, daß sie ihm gegenüber ausgesprochen werden müsse, so hieße das eine jeden Sinnes entbehrende Formalität verlangen; kommt es aber bei ihr nur darauf an, daß sie vorgenommen wird, so kann auch bei dem vorangehenden Willen, den sie ersetzen soll, es nicht nothwendig sein, daß er gegen eine bestimmte Person ausgesprochen werde.

Wir gelangen also zu dem Resultat, daß, um den Vater mit der quod jussu actio zu verpflichten, stets ein jussus, d. h. der Wille desselben in Bezug auf die mit dem von seinen Befehlen Abhängigen eingegangenen Geschäfte nothwendig ist, daß aber gar Nichts darauf ankommt, gegen wen er diesen seinen Willen zu erkennen gab. Häufig, vielleicht sogar meistens, wird dies geschehen gegen den Sohn, ebensogut kann aber auch der jussus ertheilt werden dem Dritten, für den natürlich derselbe nichts ist als der Consens des Vaters. Ja sogar dann, wenn dieser gegen einen Vierten seinen Willen ausgesprochen hat, ist er, obgleich die Quellen von diesem Fall nicht sprechen, consequent für verpflichtet, und die actio quod jussu für zulässig zu halten, vorausgesetzt nur, daß der Contrahent des Sohnes dies wußte, und im Vertrauen darauf den Vertrag einging. Hinsichtlich dieser Grundsätze findet sich nur bei dem Mutuum an gewisse Sklaven eine Abweichung, die als singuläre Bestimmung auch nicht ausgedehnt werden darf. Von der dies festsetzenden const. 13. Cod. Quod cum eo (IV. 26.) ist genauer schon oben die Rede gewesen.

Nach Erörterung der bisher behandelten Controverse bleiben bei der Lehre von dem jussus noch zwei Fragen zu beantworten übrig, die sich vorzugsweise in dem Digestentitel: Quod jussu behandelt finden, die Fragen, in welcher Form der jussus erlassen werden, und von wem er ausgehen muß? Auf die erstere wird uns die Antwort in der l. 1. § 1. Dig. h. t. (XV. 4.) in einer Weise gegeben, die jede weitere Untersuchung unnöthig macht. Ulpian sagt:

> Jussum autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu jusserit, sive generaliter; —

Nach diesen Worten soll auf die Art und Weise, wie der Vater seinen Willen zu erkennen giebt, durchaus Nichts ankommen. Hiervon enthält auch die

> l. 1. § 3. eod.: Sed si mandaverit pater dominusve videtur jussisse.

nur eine spezielle Anwendung. Kritz, der die Ertheilung des Befehles an den dritten Contrahenten als nothwendig zu der quod jussu actio voraussetzt, nimmt an, diese Klage sei eingeführt worden, weil ein Mandat an den Dritten als mandatum in gratiam mandatarii früher nicht klagbar gewesen wäre, und findet in dem angeführten § 3, zusammengehalten mit l. 5. § 1. Dig. eod., wo es von den condominis servi, si jusserint heißt: similes sunt duobus mandantibus — eine völlige Gleichstellung des jussus mit dem Mandat[1]). Allein diese ganze Argumentation stützt sich erstens auf die als irrig zurückgewiesene Ansicht, daß dem Dritten gegenüber der jussus ausgesprochen sein müsse, sodann auf die nicht minder zu verwerfende Meinung, daß ein mandatum in gratiam manda-

1) a. a. O. S. 466.

tarii hier unter den angegebenen Voraussetzungen vorhanden gewesen sein würde, was deßhalb nicht richtig ist, weil zu der Zeit, zu welcher ein solches Mandat nicht gültig war, die Angelegenheiten des Sohnes zugleich die des Vaters waren, da diesem das peculium gehörte. Wir haben gesehen, daß der jussus nicht bloß der dem dritten Contrahenten ausgesprochene, sondern allgemein der Wille des Vaters in Bezug auf den Haussohn ist, eine Gleichstellung des Mandats mit dem jussus, kann also nicht angenommen, und auch in der l. 1. § 3. cit. nicht gefunden werden. Hat der Vater dem Dritten einen als Mandat klagbaren Auftrag ertheilt, so muß die actio mandati auch in unserem heutigen Recht die nothwendige Folge sein. Hat aber der Vater seinen Willen über ein Geschäft mit dem Haussohn, also den jussus, dem Dritten nur mit Worten zu erkennen gegeben, mit welchen sonst mandirt zu werden pflegt, oder auch solche Worte dem Sohn gegenüber, dem er befehlen konnte, gebraucht, so soll dies ebenso angesehen werden, als ob er befohlen habe, d. h. es soll entweder die mandati und quod jussu actio oder mindestens letztere zulässig sein[1]). Dies ist der Sinn jener l. 1. § 3. Daß in der l. 5. § 1. gesagt wird, mehrere Jubenten müßten in solidum haften, quia similes sunt duobus mandantibus, kann natürlich für eine Gleichstellung des Mandats und des jussus nicht beweisen.

Endlich hat, wie wir schon wissen, die Ratihabition die gleichen Wirkungen wie der vorangehende jussus. Ueber die-

1) Eben weil der Wille des Vaters dem Sohn gegenüber ein jussus, kein Mandat ist. Der Wille des Vaters in Bezug auf den Haussohn ist ebenfalls ein jussus, kann aber gegen den dritten Contrahenten in Form eines Mandats ausgesprochen werden, und hier ist es, wo eine Concurrenz der quod jussu und mandati actio eintritt. Vergl. unten VI.

sen Fall haben wir schon gesprochen, auch werden wir weiter unten nochmals auf denselben zurückkommen.

Die zweite der oben aufgeworfenen Fragen: von wem der jussus ausgehen kann? beantwortet sich zufolge der von diesem gegebenen Begriffsbestimmung dahin, daß, um die quod jussu actio hervorzurufen, von dem Gewaltinhaber oder wenigstens in dessen Namen der Befehl ertheilt worden sein muß. Die potestas allein berechtigt zu dem jussus, und wenn ein Dritter auch für den so Berechtigten letzteren aussprechen kann, so kann die Verpflichtung doch nur den treffen, von dem der Hausunterthänige abhängig ist. In Uebereinstimmung hiermit heißt es auch in l. 1. § 2. Dig. de pecul. (XV. 1.), wo die Edictsworte uns mitgetheilt werden: Quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit, und es widerspricht dem natürlich auch nicht, wenn in unsern Quellen mehrfach auf den jussus domini entscheidendes Gewicht gelegt wird:

> § 1. J. Quod cum eo (IV. 7.): Si igitur jussu domini et q. s. l. 1. pr. Dig. h. t. (XV. 4.): Merito ex jussu domini — in solidum — datur actio.

Selbst wenn man unter dominus nicht sowohl den Herrn, d. h. den Gewaltinhaber, sondern den Eigenthümer des Sklaven verstehen will, enthalten diese Stellen nur eine Anwendung der oben aufgestellten Regel, denn das Eigenthum an einem Sklaven bringt die potestas über denselben mit sich. Ebenso wird auch Derjenige, welcher einen Sklaven in bonis hatte, zum jussus berechtigt, und aus demselben verpflichtet gewesen sein, da mit dem in bonis habere die Gewalt verbunden war[1]. Von einer noch weiteren Ausdehnung spricht

1) Gajus I. 54.

Ulpian mit Berufung auf den Marcellus in l. 1. § 8. Dig. h. t.: wie der Dominus wird auch der Usufructuar, ja sogar der bonae fidei possessor durch seinen jussus verbindlich.

Der Fall, daß die actio quod jussu nicht gegen Denjenigen gerichtet ist, von dem der jussus ausging, tritt dann ein, wenn außer dem Gewaltinhaber noch ein Anderer die Berechtigung hat, über die Handlungen des Hausunterthänigen zu bestimmen. So kann der Vormund und Curator eines Minderjährigen, Wahnsinnigen oder Verschwenders einen jussus ertheilen, die Klage aus dem Geschäft, das mit dessen Sklaven abgeschlossen wurde, geht aber gegen die bevormundete Person[1]), ja sogar bei dem Administrator der Angelegenheiten einer Civitas und bei dem wirklich ernannten Stellvertreter gilt dasselbe[2]). Der Grund dieser hier einem nicht Jubenten auferlegten Verpflichtung ist aber in beiden Fällen ein verschiedener. Der Tutor und Curator gilt hinsichtlich der Angelegenheiten des Pupillen als dominus, vorausgesetzt daß er sein Amt zu dessen Nutz und Frommen verwaltet, und nur unter dieser Voraussetzung kann er auch durch seinen jussus den Pupillen verpflichten[3]). Der Stellvertreter leitet sein Recht von dem Willen des Geschäftsherrn ab; indem dieser ihm die jubendi potestas übertrug, machte er sich zur Uebernahme der Verbindlichkeit aus der actio quod jussu anheischig[4]). Der falsus procurator kann eben deßhalb, weil er gar nicht zu einem Willen hinsichtlich der Hausunterthänigen des Vertretenen berechtigt ist, Letzteren nicht verpflichten, wohl aber geht

1) l. 1. § 9. l. 2. pr. Dig. h. t. (XV. 4.).

2) l. 1. § 9. cit. l. 4. pr. Dig. eod.

3) l. 2. pr. Dig. h. t.: Si tutoris jussu servo pupilli creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum — esse action.

4) Dasselbe gilt bei der instit. actio. l. 5. § 18. Dig. de inst. act. (XIV. 3.).

gegen ihn selbst zufolge des von ihm gegebenen Auftrags (denn als solcher erscheint sein jussus) eine Klage[1]).

Von wem aber auch der Befehl ausgehen mag, immer steht die actio quod jussu nur zu gegen den Gewaltinhaber, denn nur durch das Gewaltverhältniß wird sie begründet. Eine Verwechselung der potestas mit der auch außerdem möglichen Berechtigung zu befehlen, hat auf den eigenthümlichen Irrthum geführt, die Klage gegen den Ehemann, die Obrigkeit und den Officier anwenden zu wollen, wenn auf deren Befehl die Ehefrau, der Unterthan oder der Soldat einen Contract eingegangen ist[2]). Dem ehemännlichen Imperium über die Frau heutzutage eine solche Ausdehnung zu geben, dürfte vielleicht nicht weniger gewagt sein, als die Annahme einer civilrechtlichen Potestas über den einzelnen Soldaten oder Unterthan, die allein die quod jussu actio rechtfertigen könnte, absurd ist.

IV. Muß das mit dem Haussohn abgeschlossene Geschäft die väterlichen oder Peculiarangelegenheiten betreffen?

Wie es eine bis jetzt noch nicht entschiedene Controverse ist, wem gegenüber der jussus ausgesprochen werden müsse, ebenso haben sich bis auf den heutigen Tag die Meinungen darüber nicht vereinigen können, ob die quod jussu actio nur bei den Geschäften des Vaters, die der Sohn besorgt, zulässig sei? Auch hier gehen die Ansichten in dreifach verschiede-

1) l. 1. § 9. Dig. h. t. (XV. 4.). — Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem, idem Labeo ait.

2) Glück: a. a. O. S. 429. Huber: Praelectiones ad Pand. h. t. § 3. Thibaut: Pandekten. Ausgabe 4. § 372.

ner Weise aus einander, denn ebenso wie die Nothwendigkeit des Befehls an den Haussohn von Einigen behauptet wird, Andere den jussus an den Dritten fordern, noch Andere ohne diesen Unterschied die Klage zulassen, ebenso schließen Manche die Klage bei den Geschäften des Sohnes, Andere dieselbe bei den Geschäften des Vaters aus, Einige endlich gestatten sie ebenso bei diesen wie bei jenen. Endlich hat man sogar diese Frage mit der vorigen in der Weise in Zusammenhang gesetzt, daß man, je nach den Angelegenheiten, in denen ein Vertrag abgeschlossen wurde, einen der Richtung nach verschiedenen jussus für erforderlich hielt.

I. Die Meinung, daß in re peculiari mit dem Sohn contrahirt worden sein müsse, vertheidigt Böhmer[1]), Glück[2]), Schmidt[3]) und in früherer Zeit Thibaut[4]). Sie nehmen an, daß, wenn das Geschäft den Vater unmittelbar betrifft, nicht die actio quod jussu sondern die actio ex contractu ohne Beisatz stattfinde, eine Behauptung, die, wenn sie bewiesen werden könnte, ebenso bedeutungsvoll wäre, als sie ohne diesen Beweis irreführend und deßhalb gefährlich ist. Die als Argumente angeführten Stellen sind folgende:

> l. 5. pr. Dig. h. t.: Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus jusserit, servo, filiove numerari, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit; immo hoc casu de jussu actio non competit.

Daß in dieser Stelle Paulus eine directe Klage gegen den Vater zuläßt, dagegen dem Dritten, der dem Sohn des Mutuum ausgezahlt hat, die quod jussu actio verweigert, ist nach den Worten unzweifelhaft klar. Hiermit ist aber in keiner Weise

1) Doctrina de actionib. Sect. II. cap. 10. §. 10.
2) a. a. O. S. 425.
3) Lehrbuch der gerichtlichen Klagen und Einreden § 1410.
4) a. a. O. §. 372.

bewiesen, daß die actio quod jussu bei Contracten des Sohnes in väterlichen Angelegenheiten wegfalle, und dann die actio ex contractu Statt habe. Einmal liegt hier gar kein Contract des Sohnes vor, denn offenbar wird in jenem Fragment vorausgesetzt, daß der Vater selbst den Darlehnsvertrag eingeht, und nur das Geld an seinen Sohn wie an einen Boten auszahlen läßt (pater pecuniam mutuam accepturus jusserit filio numerari, die cond. mutui geht also gegen ihn als Contrahenten), sodann kommt zwar, wie wir weiter unten sehen werden, auch wenn der Sohn selbst contrahirt hat, eine Condiction gegen den Vater vor, aber es ist dies eben auch nur für die Condiction zufolge deren eigenthümlichen Charakter möglich, so daß das Nämliche für jede andere Contractsklage in keiner Beziehung behauptet werden kann.

Zweitens stützt sich Glück auf die schon mehrfach erwähnte const. 13. Cod. Quod cum eo. (IV. 26.). Allein dort schreiben die Kaiser nur vor, daß in gewissen Verhältnissen der Herr, um aus den Handlungen seiner Sklaven verpflichtet zu werden, gegen den dritten Contrahenten den jussus ausgesprochen haben müsse, Peculiargeschäfte werden dabei durchaus nicht vorausgesetzt. Ja, es nehmen sogar die Kaiser von Seiten des Sklaven ein Handeln in den Angelegenheiten des Hausherrn an, denn auch bei dem Vorgeben des Dritten, daß das dargeliehene Geld auf die (doch offenbar dem Herrn gehörigen) Grundstücke verwendet worden sei, wird bei dieser singulären Bestimmung die Klage versagt.

Endlich pflegt man sich auch noch zu berufen auf:

> const. 4. Cod. eod. (IV. 26.): Si ex contractu patris jussu ejus pecuniam accepisti, teque ejus hereditate abstines, frustra vereris, ne a creditoribus ejus conveniaris.

Wie diese Constitution einen auch nur entfernt mit der

Ansicht von Glück zusammenhängenden Nachweis liefern soll, ist schwer einzusehen.

Diesen angeblichen, in der That Nichts beweisenden Belegen gegenüber steht ein Fragment aus dem lib. XXIX. ad Edictum von Ulpian, welches die Unhaltbarkeit jener ganzen Theorie mit wenigen Worten kund thut. In l. 5. § 2. Dig. de in r. v. (XV. 3.) heißt es:

Quod servus domino emit — potest quod jussu agi.

Man müßte sich wirklich absichtlich der Wahrheit verschließen wollen, um die Gewichtigkeit dieses Gegenargumentes zu übersehen.

II. Weit mehr Schein hat die Ansicht Derer für sich, welche die actio quod jussu nur bei Handlungen des Hausunterthänigen in Geschäften des Hausherrn für zulässig halten. Für diese Meinung können doch gewisse innere Gründe geltend gemacht werden, und in der That ist sie mit seltenem Scharfsinn von Müller[1]), dem Fritz[2]) und v. Vangerow[3]) beistimmen, vertheidigt worden. Müller argumentirt folgendermaaßen: Bekanntlich hatte der Sohn in früheren Zeiten gar kein eigenes Vermögen, vielmehr gehörte Alles, was er besaß und erwarb, dem Vater. Somit konnte der Sohn, eben weil er vermögenslos war, keine Vermögensangelegenheiten haben, und für den Erwerb von Rechten aus Rechtsgeschäften, die er abschloß, war zwischen dem Interesse des Vaters und des Sohnes nicht zu unterscheiden. Was dagegen die Verpflichtungen betraf, so war zwar der Sohn wie ein paterfamilias verbindlich, doch ließ der Prätor nur

1) a. a. O. S. 139.
2) zu Wening-Ingenheim a. a. O.
3) a. a. O. S. 366.

die Klage in quantum facere potest zu, und dieselbe Billigkeit, aus welcher dieses Beneficium hervorgegangen war, erheischte es, auch den Gläubigern des Sohnes rascher und sicherer zu dem Ihrigen zu verhelfen. Nichts lag hier näher, als auch in Ansehung der Uebernahme der Verbindlichkeiten die Geschäfte des Sohnes mit denen des Vaters zu identificiren. Dies geschah mittels der actiones adj. qualit. je nach den verschiedenen Voraussetzungen durch die de peculio, de in rem verso und quod jussu actio. Eine Bestätigung dafür, daß auch bei der letzteren eine Verschmelzung der Geschäfte des Vaters und Sohnes angenommen wurde, liegt darin, daß man in späterer Zeit ohne den Umweg durch die actiones adj. qualit. direct gegen den Vater überall eine Klage aus dem Geschäft des Sohnes gestattete, wo man sonst mit jenen hätte auftreten können. Einen weiteren Beweis dafür, daß die actio quod jussu nur da Anwendung leiden konnte, wo der Sohn in Angelegenheiten des Vaters handelte, giebt die Art und Weise, wie die Römer im vorkommenden Fall sich über deren Statthaftigkeit aussprechen. Hierher gehört zunächst

l. 10. § 2. Dig. de fidejuss. et mandator. (XLVI. 1.): Filiusfamilias pro patre poterit fidejubere, nec erit sine effectu haec fidejussio, primo quidem quod sui juris effectus poterit teneri in id, quod facere potest, dein quod et dum in potestate manet, condemnari potest. Sed an pater ex hac causa quod jussu teneatur? videamus. Et puto ad omnes contractus quod jussu etiam referri. Sed si ignorante patre pro eo fidejusserit, cessat ista actio, tamen quasi in rem patris versum sit, potest agi cum patre.

Ulpian beantwortet hier zwei Fragen: erstens ob der Sohn sich wirksam für den Vater verbürgen könne, sodann, ob auch statt der Klage aus der Bürgschaft die quod jussu

actio zulässig sei. Der Grund für die letztere Entscheidung ist darin zu suchen, daß der Sohn in Angelegenheiten seines Vaters handelt. Dies zeigt sich aus

l. 1. § 5. Dig. h. t. (XV. 4.): Quid ergo, si fidejusserit pro servo? Ait Marcellus non teneri quod jussu, quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod teneatur ex causa fidejussionis, sed quia aliud est fidejubere, aliud jubere.

Hier wird bei einer Verbürgung des Hausherrn für den Hausunterthänigen die quod jussu actio abgesprochen, weil Jener als extraneus intervenirt, d. h. das Geschäft, bei dem er sich verbürgt, die Angelegenheiten des Sohnes betrifft. Es wird also die Klage verweigert, obgleich bei der fidejussio implicite doch auch der Consens des Vaters ausgesprochen ist, und hierdurch zeigt es sich zugleich, daß in der l. 10. cit. die quod jussu nur deßhalb zugelassen wird, weil der Sohn, indem er sich für den Vater verbürgte, in väterlichen Angelegenheiten handelte. Hierfür spricht auch Paulus in der l. 25. Dig. ad S. C. Vellej. (XVI. 1.), indem er sagt: wenn die Herrin ihrem Sklaven ein Darlehn zu geben befohlen habe, so stehe gegen sie die quod jussu actio zu; wenn sie sich für ihn verbürgt habe, könne sie sich der exceptio S. C. Vellejani bedienen, es sei denn, daß sie dies in ihren eigenen Angelegenheiten gethan habe. Auch hier wird für die quod jussu vorausgesetzt, daß der Servus in den Angelegenheiten der domina contrahirt hat, denn sie soll sich auf das Senatusconsult nicht stützen dürfen, und sie würde dies thun können, wenn sie sich für den Sklaven verbürgt hätte, und somit eine wahre fidejussio vorhanden wäre.

Je durchdachter dieses Raisonnement von Müller ist, um so strenger muß die Kritik gegen dasselbe sein.

Daß vor Einführung des peculium castrense zwischen

den Geschäften des Vaters und Sohnes kein Unterschied stattgefunden hat, und daß deßhalb das Edict ganz allgemein bei allen Contracten des Sohnes die actio quod jussu einführte, ist nicht bloß als unzweifelhaft zuzugeben, sondern auch mit Recht hervorgehoben worden. Nach Einführung des eigentlichen Sonderguts wurden dagegen die Angelegenheiten des Vaters von denen des Sohnes geschieden; dennoch aber, behauptet Müller, ließ man nicht, wie doch am natürlichsten zu erwarten war, hier wie dort die Klage zu, sondern nur bei Geschäften des Vaters, und zwar deßhalb, weil sie eigentlich nur für diese, für die Angelegenheiten des Sohnes lediglich in Folge deren Identificirung mit den negotia patris gegolten hatte. Dies soll hervorgehen:

1) Aus der Möglichkeit, dem Vater gegenüber direct eine Klage aus dem Geschäft des Sohnes anstellen zu können. Diese Möglichkeit ist schon oben von uns geläugnet worden. Nicht allgemein die aus dem Geschäft hervorgehende Contractsklage, sondern nur die Condiction wird als mit der quod jussu actio concurrirend in den Quellen erwähnt, und dies erklärt sich, wie weiter unten genauer erörtert werden soll, aus der eigenthümlichen Natur der Condictionen.

2) Aus der l. 10 § 2. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) und der l. 1 § 5. D. h. t. (XV. 4.) citt., weil bei einer Verbürgung des Sohnes für den Vater die actio quod jussu von Ulpian zugelassen, dagegen bei einer Verbürgung des Vaters für den Sohn abgesprochen wird. Betrachten wir nun zunächst die erste Stelle abgesondert von der zweiten, so kann sie unmöglich den Nachweis erbringen, den ihr Müller zumuthet. Der Sohn kann sich gültig für den Vater verbürgen, steht aber gegen diesen die quod jussu actio zu? Allerdings, sagt Ulpian: quia ad omnes contractus quod jussu referatur, also die Klage sich auch auf das Rechtsgeschäft der Ver-

bürgung für den Vater bezieht. Das Eigenthümliche ruht hier offenbar darin, daß der Vater wegen eines Geschäftes verpflichtet wird, dessen Inhalt eine Verpflichtung des Sohnes für den Vater ausmachte. Wie kann Müller hieraus den Schluß ziehen, daß Letzterer nur dann verpflichtet werde, wenn in seinen Angelegenheiten contrahirt worden sei? Der Jurist scheint vielmehr eben bei einer Handlung des Sohnes für den Vater an der Zulässigkeit der quod jussu actio gezweifelt zu haben, und über diesen Zweifel kommt er nur dadurch hinweg, daß er im geraden Gegensatz zu der Müller'schen Ansicht die Regel aufstellt, die quod jussu actio bezieht sich auf alle Contracte, also auch auf die, welche lediglich im Interesse des Vaters vorgenommen worden sind. Doch die eigentliche Beweiskraft dieser Stelle soll durch eine Verbindung derselben mit der l. 1 § 5 cit. hervortreten. Bei einer Verbürgung des Vaters für den Sohn fällt die quod jussu actio deßhalb weg, weil Jener als extraneus intervenirte, mithin Dieser in eigenen Angelegenheiten contrahirte, also wird sie in dem Fall der l. 10 cit. zugelassen, weil der Sohn im Interesse des Vaters handelte. Diese Argumentation wäre selbst bei der Möglichkeit des Nachweises, daß in der l. 1 § 5 die Klage aus dem Grunde abgesprochen wird, weil es sich um die negotia des filiusfamilias handelte, gewagt; eine genaue Interpretation der Stelle mag aber ergeben, wie es um diesen Nachweis steht.

Der Jurist sagt: Bei einer Verbürgung des Herrn für den Sklaven lasse Marcellus die quod jussu actio nicht zu, da Ersterer quasi extraneus intervenire, und zwar nehme dies Marcellus nicht deßhalb an, weil die fidejussio für den Herrn verbindlich sei, sondern deßhalb quia aliud est fidejubere, aliud jubere. Hieraus ist nun die Argumentation gezogen worden: die quod jussu actio sei unzulässig, weil, wenn der Herr gültig sich verbürge, nicht seine, sondern des

Sklaven Geschäfte besorgt worden seien. Eine gültige Bürgschaft sei nur möglich in fremden Angelegenheiten; bei einer solchen Bürgschaft werde die quod jussu verweigert, und zwar mit Hinweis auf den Umstand, daß der Herr quasi extraneus intervenire, verweigert, mithin sei e contrario die Klage nur zulässig, wenn, wie in dem Fall der l. 10 cit., im Interesse des Herrn gehandelt worden wäre.

Dieses Raisonnement würde, ganz abgesehen von mancherlei Einwendungen, die sich gegen dasselbe erheben ließen, möglich sein, wenn nicht der Jurist am Schluß der Stelle sagte: die quod jussu actio sei auch dann nicht zulässig, wenn der Herr sich inutiliter verbürgt habe. Inutiliter würde sich unter Anderem nun auch dann der Herr verbürgt haben, wenn er sich in seinen eigenen Angelegenheiten verbürgt hätte. Steht nun aber auch in diesem Fall ihm die Klage nicht zu, so muß sie im entgegengesetzten Fall ihm auch aus andern Gründen, als weil die Angelegenheiten nicht die seinigen waren, verweigert werden, und hiermit fällt das ganze Gewicht jener Schlußfolgerung zusammen.

Bei Interpretation jener Stelle darf man die Worte: quasi extraneus enim intervenit nicht so erklären, als wenn es hieße: in alienis negotiis intervenit. Ulpian spricht in diesem ganzen Fragment über den jussus und über die verschiedenen Arten, denselben auszudrücken. Nachdem er vorher gesagt, der Herr sei auch gehalten, wenn er mandirt oder das chirographum des Sklaven unterschrieben habe, wirft er im § 5. die Frage auf, ob dies auch dann der Fall sei: si fidejusserit pro servo? Hier könnte man geneigt sein, ebenfalls die quod jussu actio zuzulassen, denn fidejubere erscheint als ein jubere ut quis fidem alicujus sequatur, und die quod jussu ist eben deßhalb gegeben, weil, wer jussu patris mit

dem Sohne contrahirt, patris fidem sequitur [1]). Allein mit Recht verwirft Marcellus die Klage, weil er als extraneus intervenire, d. h. einen jussus ausspreche, der von jedem Dritten möglich ist, nicht den eigentlichen jussus, der von dem Hausherrn als solchem ausgeht. Das Fidejubiren enthält nicht das zu der quod jussu nothwendige Befehlen, und mit Rücksicht auf diese Betrachtung setzt der Jurist hinzu: aliud est fidejubere aliud jubere. Keinesfalls, wie ebenso ausdrücklich gesagt wird, liegt der Grund der Unzuständigkeit der Klage darin, daß der Vater aus der Bürgschaft verantwortlich ist, der Erfolg bleibt derselbe, wenn diese ohne Wirkung war (etsi inutiliter fidejusserit), denn wer ungültig fidejubirt, der hat damit nicht gültig jubirt, eben weil er nicht als Vater, sondern wie jeder Dritte sich eingemischt hat. Was endlich die l. 25. Dig. ad S. C. Vellej. (XVI. 1.) anbetrifft, so ist auch diese ihrem wahren Wortinhalt nach nicht beweisend:

> Si domina servo suo credi jusserit, actione honoraria tenebitur. § 1. Quodsi pro eo fidejusserit, exceptione Senatusconsulti Vellejani judicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.

Nach Müller soll Modestin hier sagen, die Domina sei mit der quod jussu verpflichtet, weil der Sklave in ihrem Interesse das Mutuum aufgenommen habe. Dies soll zugleich daraus hervorgehen, und dadurch bestätigt werden, daß ihr die except. SCti. abgesprochen wird, wenn sie pro suo negotio sich verbürgt hat. Um dies anzunehmen, würde es vor Allem des Nachweises bedürfen, daß der Jurist in dem Fall, in welchem sie mit der Klage verbindlich wird, eine solche Bürgschaft annimmt; allein was sagt er? Einmal ganz all=

1) Gajus IV. 70.

gemein, ohne irgendwie zu unterscheiden: die Domina muß sich nach erlassenem Jussus die actio gefallen lassen; wenn sie aber sich verbürgt hat, so kann sie sich mit der exceptio SCti. Vellej. schützen, ausgenommen, wenn sie in ihrem eigenen Interesse handelte, indem sie sich verbürgte. Dieser letztere Umstand wird als bedeutungsvoll für ihre Verpflichtung aus der Bürgschaft angesehen, ist aber in keiner Weise in Zusammenhang gesetzt mit ihrer Verantwortlichkeit aus dem jussus.

Außer den bisher erörterten Fragmenten führt Müller, wenn auch nur beiläufig, und v. Vangerow mit der Bemerkung, daß in ihnen bestimmt auf die bis jetzt bekämpfte Ansicht als die richtige hingewiesen werde, noch zwei Stellen an:

> l. 5 § 2. Dig. de in rem verso (XV. 3.): Quod servus domino emit, si quidem voluntate ejus emit, potest quod jussu agi; sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit; de in rem verso actio erit, si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

Die sich auf diese Stelle Berufenden machen den hier vorausgesetzten faktischen Umstand, daß der servus für den dominus gekauft habe, zu einer nothwendigen Bedingung für Anwendung der quod jussu actio, und da mit dieser zusammen die de in rem verso actio genannt wird, so müßte das Handeln für den Herrn auch für die Zulässigkeit dieser Klage nothwendig sein. Nun wissen wir aber, daß die de in rem verso actio auch dann angestellt werden kann, wenn zuerst in Peculiarangelegenheiten contrahirt wurde, der gezogene Gewinn aber direct für den Herrn verwendet worden ist [1].

---

1) l. 3 § 1. Dig. de in rem verso (XV. 3.).

Diese Klage ist also in ihrer Anwendbarkeit nicht von einem Contrahiren in den Geschäften des Vaters abhängig, mithin kann man auch nicht für die quod jussu actio das domino emere als Bedingung auffassen. Ulpian setzt zunächst den Fall: es kaufte der Sklave für den Herrn, und sagt, es stünde dann gegen denselben die quod jussu, unter Umständen die de in rem verso actio zu, ja, wie wenig Gewicht er darauf legt, daß gerade im Interesse des Herrn gehandelt worden sein müsse, zeigt der Umstand, daß er, wenn weder der Herr consentirt hat, noch eine directe Version vorliegt, die de peculio actio zuläßt, für die doch das Contrahiren in Peculiarangelegenheiten charakteristisch ist.

Endlich wird auch noch Gewicht gelegt auf die Worte Ulpian's in l. 1 § 1. D. h. t.:

> Et ideo si sic contestatus sit: quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo,

da hier gesagt sei, daß die Klage nur dann Statt habe, wenn der Herr in Geschäften, für die er das periculum trägt, also in eigenen Angelegenheiten mit dem Sklaven zu contrahiren erlaubt habe. Allein durch die Worte „periculo meo" wird wohl nicht angedeutet, daß die Geschäfte solche sein müssen, die schon auf die Gefahr des Herrn gehen, sondern gesagt, daß derselbe eben die Gefahr für die negotia übernehmen wolle.

III. Endlich giebt es auch hier eine vermittelnde Meinung, nach welcher die Klage, gleichviel ob in Angelegenheiten des Vaters oder des Sohnes von Letzterem contrahirt worden ist, zugelassen werden muß. Hierbei wird zugleich wieder unterschieden, gegen wen der jussus ausgesprochen worden sei. So läßt Accursius die Klage bei einem Peculiargeschäft, sowohl wenn an den Sohn, als auch wenn an den Dritten der Befehl ertheilt wurde, zu; bei einer Angelegenheit

des Vaters nimmt er, wenn dem Dritten gegenüber derselbe gegeben worden ist, die mandati actio an [1]). Mit ihm stimmt auch fast ganz überein Janus a Costa, der nur noch hinzufügt, gegen den Herrn, auf dessen Willen, aber ohne daß er ein Mandat ertheilt hätte, einem seiner Sklaven ein Darlehn gegeben worden wäre, stehe eine utilis actio ad instar institoriae zu [2]).

Ohne solche Modificationen, wie wir gesehen haben, bekennt sich von neuern Juristen zu dieser Ansicht Thibaut [3]), und daß sie die allein richtige ist, mag durch folgende Gründe nachzuweisen versucht werden:

1) Eingeführt wurde die quod jussu actio ohne Unterschied: si cum eo, qui in alterius potestate est, negotium gestum fuerit [4]). Diese anfängliche Bestimmung der Klage für alle Geschäfte mochte allerdings schon dadurch gerechtfertigt sein, daß die Angelegenheiten des Sohnes von denen des Vaters nicht zu trennen waren. Hatte man aber mindestens anfänglich, und gleichviel aus welchem Grunde, einmal das Prinzip ihrer allgemeinen Anwendbarkeit anerkannt, wie sollte man, als später nach Einführung des peculium castrense die Geschäfte des Sohnes einer getrennten Beachtung unterlagen, die Klage für sie ausschließen? wie kann man dies annehmen, ohne daß die Quellen diese Modificationen der früheren Grundsätze aussprechen?

2) Hierzu kommt, daß das verpflichtende Moment bei der actio quod jussu durchaus nicht bloß bei Geschäften des Vaters, denen die des Sohnes als mit ihnen unzertrennlich verbunden gleichgestellt wurden, vorhanden war, sondern ohne

---

1) Glossa ad l. 1. Dig. h. t. (XV. 4.).
2) Commentar. ad § 1. J. Quod cum eo (IV. 7.).
3) a. a. O. S. 185.
4) l. 1 § 2. Dig. de peculio (XV. 1.).

Rücksicht auf die Qualität der negotia seine Wirkung äußerte. Entweder wird der Vater durch seinen Willen, oder wegen einer gewissen Eigenschaft des Geschäftes verbindlich. Aus dem letzteren Grunde entsteht die de in rem verso und de peculio actio, und zwar ohne alle Rücksicht auf die voluntas [1]), bei der quod jussu ist es nur diese, die ihn verpflichtet, und deßhalb muß consequent es hier auf die Qualität der Geschäfte nicht ankommen. Diesen seinen Willen, der ihn verantwortlich macht, kann er nicht bloß in eigenen Angelegenheiten, sondern ebenso auch in denen der unterworfenen Personen zur Geltung bringen, und auch bei diesen muß, wenn man nach allgemeinen Gründen entscheiden will, die quod jussu actio die Folge sein. Ja, wenn letztere bei Peculiarangelegenheiten ausgeschlossen gewesen wäre, so würde in diesem ganzen System der act. adj. qual. eine merkliche Lücke geblieben sein. Gesetzt den Fall, es hat ein Vater in Gestalt eines jussus seine Einwilligung dazu gegeben, daß sein Sohn mit einem Dritten ein Geschäft zu einem das Peculium betreffenden Zweck eingehe. Welche Klage wäre dann gegen ihn zuzulassen? Zunächst allerdings die de peculio actio, wenn nun aber das Wagniß bei dem Geschäft die Höhe des Sondergutes übersteigt, und, eben um den Dritten sicher zu stellen, der Vater ausdrücklich consentirt, Jenen also veranlaßt hat, im Vertrauen auf ihn zu creditiren? Hier verlangte gewiß die Prätorische Billigkeit eine Klage, und es war, wenn der Vater weder ausdrücklich dem Dritten ein Mandat ertheilt oder Bürgschaft geleistet hatte, kein Rechtsmittel vorhanden, sobald man die quod jussu actio in diesem Fall für unzuläßig erklärte. In späterer Zeit bot sich durch die quasi institoria actio ein Auskunftsmittel, aber daß diese erst ziemlich spät eingeführt worden ist, wurde schon oben bemerkt.

1) § 4. J. Quod cum eo (IV. 7.).

3) Entscheidend für die Richtigkeit der Ansicht, daß die quod jussu auch bei Peculiarangelegenheiten möglich ist, spricht der § 5. J. Quod cum eo (IV. 7.):

Ceterum dubium non est quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, — de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est — agere possit.

Offenbar wird hier eine Concurrenz der quod jussu und de peculio actio als möglich anerkannt, und da die letztere Klage eben bei Geschäften des Sohnes angestellt wird, so wird kaum ein Zweifel bleiben können, daß man in demselben Fall auch die quod jussu actio zuließ. —

V. Ueber die sonstigen Requisite der quod jussu actio.

In l. 1 pr. Dig. h. t. (XV. 4.) giebt Ulpian den formalen Grund der quod jussu actio dahin an, daß der Dritte, der jussu patris mit dem Sohne contrahire, gleichsam mit dem Vater das Geschäft abschließe.

Merito ex jussu domini vel patris in solidum adversus eum judicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet.

Es entsteht die Frage, welche Requisite nothwendig sind, um von dem Dritten annehmen zu können, daß er gewissermaaßen mit dem Vater selbst durch den Sohn contrahirt habe, ohne daß andrerseits Letzterer wie in l. 5 pr. Dig. eod. nur das Werkzeug, das selbst gar nicht verpflichtet wird, war.

Einerseits entsteht durch den jussus zwischen dem Vater und dem Dritten durchaus keine gegenseitige Obligation. Hierdurch unterscheidet sich eben der jussus von dem Mandat, wel-

ches als solches ausgeführt werden muß [1]), während dem jussus von dem Dritten nur Folge geleistet werden kann [2]). Andrerseits spricht der Vater durch den jussus seinen Willen aus und wird dadurch verpflichtet; allein auf diesen Willen hin kann der Dritte mit dem Sohn, und so quodammodo mit ihm selbst nur contrahiren, soweit der Consens reicht, und verbindlich machen kann er ihn nur, wenn er unter Berücksichtigung des jussus das Geschäft eingeht, wenn er, wie es in den Quellen heißt, patris fidem sequitur [3]). Somit ergeben sich für die Zulässigkeit der Klage auf Seite des dritten Contrahenten zwei Requisite: einmal, daß er innerhalb der Gränzen des ausgesprochnen Willens handelt, sodann, daß er dies thut unter besonderer Berücksichtigung der Gewährleistung, die er von dem Vater durch den Consens erhält.

Das erste Requisit, das sich eigentlich schon aus dem Grundprinzip der quod jussu actio ergiebt [4]) und nur deßhalb besonders hervorgehoben wird, weil ein Zweifel entstehen kann, wenn ein jussus allerdings vorhanden, aber nicht in der Ausdehnung ertheilt ist, daß er möglicherweise auch auf das von dem Dritten mit dem Sohne abgeschlossene Geschäft bezogen werden darf, wird in unsern Quellen ausdrücklich anerkannt in l. 3. Dig. h. t. (XV. 4.): **Dominum qui jussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri, quatenus jussit, nec pignoris obligationem locum**

---

1) l. 1 pr. Dig. Mandati (XVII. 1.).

2) Die Möglichkeit, daß auch der jussus ebenso wie das Mandat zur rechten Zeit noch revocirt werden kann l. 1 § 2. Dig. h. t., hebt natürlich jenen Unterschied nicht auf.

3) Gajus IV. § 70. § 71.

4) Das nämliche Erforderniß findet sich bekanntlich auch bei dem Mandat, l. 5 pr. Dig. Mdti. (XVII. 1.).

habere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit.

Auch gehört hierher die const. 6. Cod. Quod cum eo (IV. 26.), wo die Kaiser Valerianus und Gallienus den selbstverständlichen, aber in den Quellen sonst nirgends so klar enthaltenen Grundsatz aussprechen, daß sine permissu patris für ihn keinerlei Obligation entstehe.

Was das zweite Erforderniß betrifft, daß der Dritte fidem patris sequi müsse, um quodammodo mit ihm zu contrahiren, so handelt es sich darum, den Begriff des fidem sequi festzustellen. Am Besten muß dies gelingen, wenn man zunächst von der möglichen Wortbedeutung dieses Ausdrucks absieht, und sich die Frage vorlegt, ob bei dem Dritten, der jussu patris contrahirt, irgend eine Berücksichtigung des Vaters anzunehmen ist, und welcher Art diese sein mag?

Daß nun der jussus den Vater nur dann verpflichten kann, wenn er das alleinige oder mindestens das beiläufige Motiv zu dem Contrahiren mit dem Sohne war, ist wohl unzweifelhaft, denn wenn auch der jussus im Gegensatz zu der die andere Parthei verpflichtenden Mandatsertheilung eine einseitige Handlung ist, so kann er doch, wenn er keinerlei Berücksichtigung findet, als etwas für ihn ganz Gleichgültiges auch dem Dritten keine Vortheile, d. h. keine Klage verschaffen. Der Dritte muß also, um diese zu erhalten, jenen beachten, es fragt sich nur, welche Art von Beachtung erforderlich und von Wirkung ist. Man könnte nun vielleicht daran denken, daß das ganze Geschäft in der Absicht, für das Interesse des Vaters zu handeln, eingegangen sein müsse, so daß der Contrahent gleichsam als Geschäftsführer, als neg. gestor, dastünde. Allein eine solche Gesinnung würde die neg. gest. actio möglich machen, jede Klage gegen den Sohn da-

gegen und auch die quod jussu actio deßhalb ausschließen [1]), weil dann nicht durch den Sohn quodammodo cum patre, sondern mit dem Sohn für den Vater, also durchaus nicht mit der Absicht, den Anspruch gegen den Sohn auch gegen den Vater geltend zu machen, vielmehr mit dem animus zufolge des Contrahirens mit Jenem gegen Diesen einen Anspruch zu erhalten, gehandelt wäre.

Da, den animus neg. aliena gerendi vorausgesetzt, bei Besorgung eines fremden Geschäfts die Contemplatio einer gewissen Person die neg. gest. actio hervorruft, ja sogar ein negotium durch sie erst zuweilen zu einem alienum wird, so mag es im einzelnen Fall manchmal schwer zu bestimmen sein, ob der Contrahent des Sohnes als Gestor für den Vater das Geschäft für diesen führte und dadurch ihn verpflichtete, oder ob er so handelte, daß er auf die quod jussu actio Anspruch machen kann. Das maaßgebende Moment für die letztere muß aber, da der Herr wegen seines Consenses, und so weit er diesen ausgesprochen hat, verbindlich werden soll, darin liegen, daß zunächst der Wille darauf ging, mit dem Sohn zu contrahiren, gleichviel ob aus Freundschaft für diesen oder aus eigenem Interesse, daneben aber auch der Dritte sich hinsichtlich seiner Sicherheit auf den Vater verlassen hat [2]). Dieses Vertrauen auf den Vater drücken die Römer mit Recht durch fidem patris sequi aus, denn fides ist der Treu und Glaube, auf den bei den gewöhnlichsten Verträgen des täglichen Lebens die Contrahenten sich stützen. Schenkt der Contrahent des Sohnes diesen Treu und Glauben wegen des ausgesprochnen

---

1) l. 6 § 1. Dig. de neg. gest. (III. 5.). Vgl. meine Negotiorum Gestio S. 127. 182. 190.

2) In wie weit der dritte Contrahent zugleich fidem patris sequi und ejus contemplatione handeln, also die quod jussu und die neg. gest. actio erwerben kann, davon weiter unten.

Consenses dem Vater, so sieht er eben dessen fides als Garantie für sich an. Vorzugsweise wird diese Berücksichtigung der fides patris in dem Gedanken bestehen, daß für den schlimmsten Fall der Vater bezahlen will und muß, so daß man das fidem sequi mit Creditgeben bezeichnen könnte; allein immerhin wäre durch diese Uebersetzung nur eine Seite des Verhältnisses angedeutet, denn wer sich auf den Treu und Glauben eines Mannes verläßt, der creditirt ihm nicht bloß, d. h. glaubt nicht bloß, daß dieser ihn bezahlen kann, sondern hat das Zutrauen, daß, auch abgesehen von dem Solvenzpunkt, Jener bei dem ganzen Geschäft so gegen ihn handeln wird, wie ein ehrlicher und zuverlässiger Mann zu handeln pflegt. —

Da der Contrahent des Sohnes dieses Zutrauen regelmäßig zwar erst nach ausgesprochnem Consens dem Vater schenken wird, dasselbe sich aber doch bei ihm auch dann denken läßt, wenn von dem Vater bei nicht vorangegangnem jussus nachfolgende Genehmigung zu erwarten steht, so liegt in dem angeführten Requisit ebensowenig wie in dem Erforderniß, daß ein jussus zur Begründung der Klage nothwendig ist, ein Hinderniß für die Zulässigkeit der Klage bei nachfolgender Ratihabition. Um die quod jussu actio anzustellen, muß der Consens des Vaters vorhanden, und der Dritte im Vertrauen auf den Vater das Geschäft eingegangen sein. Das Erstere ist auch dann der Fall, wenn nach abgeschlossenem Contract der jussus in Gestalt der Genehmhaltung ausgesprochen wird, das Letztere ist auch schon zu einer Zeit möglich, wo dies noch nicht geschehen ist, denn der Dritte verläßt sich nicht auf den Willen des Vaters, sondern auf den Vater selbst, der ausgesprochne Wille ist für Jenen nur ein sicheres Zeichen, daß er sich auf diesen verlassen kann. So

sagt also auch von diesem Gesichtspunkt aus Ulpian mit Recht l. 1 § 6. h. t.: Si ratum habuerit quis, quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eum datur.

VI. Ueber die Concurrenz der quod jussu actio mit anderen Klagen.

Um den Charakter einer Klage und die Gränzen kennen zu lernen, innerhalb welcher dieselbe sich bewegt, kann es kein geeigneteres Mittel geben, als das verwandtschaftliche Verhältniß derselben zu andern Klagen durch Untersuchung der Fälle, in welchen eine Concurrenz mit diesen eintritt, darzustellen. Dieses Mittel auf die quod jussu actio angewendet, haben wir deren Stellung zu der mandati, negotiorum gestorum, de peculio, de in rem verso, exercitoria, institoria, quasi institoria actio und endlich zu der condictio anzugeben.

I) Daß eine Concurrenz der quod jussu actio mit der Mandatsklage möglich ist, hat man selten bezweifelt; nur ist fast immer derselben eine zu weite Ausdehnung gegeben, und niemals sind nach den für beide Klagen charakteristischen Merkmalen feste Grundsätze über dieses Zusammentreffen aufgestellt worden. Welche verschiedene Ansichten sich seit der Zeit der Glossatoren darüber geltend gemacht haben, hatten beiläufig zu bemerken wir im Laufe dieser Abhandlung mehrfache Gelegenheit; ein die hauptsächlichsten Meinungen umfassender Ueberblick läßt uns drei verschiedene Partheien unterscheiden:

1) Die erste läugnet eine Concurrenz, indem sie die actio quod jussu geradezu deßhalb bei einem jussus an den Dritten ausschließt, weil hier die mandati actio anwendbar sei [1].

---

1) Stryk: Usus modern. ad Dig. XV. 4. § 2. Böhmer: Introductio in jus Dig. XV. 4. § 2. Schmidt: Lehrbuch von Klagen § 1415. Glück Bd. XIV. S. 427.

2) Andere lassen beide Klagen neben einander auch in unserm heutigen Recht zu. Diese Ansicht findet sich sowohl bei Denjenigen, welche den jussus für verbindlich halten, gleichviel ob er gegen den Haussohn oder Dritten ging, als auch bei den Bekennern der andern Meinung, welche die quod jussu actio nur bei einem jussus an den Dritten entstehen läßt. Jene können natürlich nur wenn Letzteres der Fall ist, ein Zusammentreffen der Mandats- und Jussu-Klage annehmen, und nennen dann die quod jussu actio eine utilis im Gegensatz zu der necessaria bei einem Befehl an den Haussohn, wo die Mandatsklage nicht begründet sein kann [1]. Diese behaupten, daß beide Klagen stets mit einander concurriren, und rechtfertigen gegen die hiernach naheliegende Annahme, daß die quod jussu actio für uns keine praktische Bedeutung mehr habe, diese Klage neben der actio mandati dadurch, daß doch beide Klagen auf etwas ganz Verschiedenes, die letztere auf Ersatz der Verwendungen und Befreiung der übernommenen Verbindlichkeiten, die erstere auf Erfüllung der Hauptverpflichtung selbst gerichtet sei, auch die quod jussu actio insofern vortheilhafter sein könne, als möglicherweise die ursprüngliche Forderung eine privilegirte war, was natürlich bei der Mandatsklage nicht in Betracht kommen würde [2].

3) Kritz endlich erklärt, im Einverständniß mit Thibaut, die Entstehung der quod jussu actio aus dem historischen Moment, daß früher ein mandatum in gratiam mandatarii nicht klagbar war, läugnet aber, nachdem man bei einem solchen Mandat die Klage zuließ, zufolge der vollstän-

1) Bachov: Commentar. ad Instit. Quod cum eo (IV. 7.) ad § 1. Der erste Vertheidiger dieser Ansicht war wohl Johannes Faber.

2) Voet ad Dig. XV. 4. 3. Lauterbach ad Dig. XV. 4. III. Schmid a. a. O. S. 141. 142. Roßhirt: Civilrecht Th. I. S. 261.

digen Concurrenz, die nunmehr zwischen dieser und der quod jussu actio eingetreten sei, den praktischen Werth der letzteren [1]).

Es läßt sich behaupten, daß alle diese Meinungen, die unter dem Einfluß der verschiedenen Ansichten über die Bedeutung des jussus und über die Frage, in wessen Angelegenheiten contrahirt worden sein müsse, entstanden sind, in der Gestalt, wie sie uns vorgetragen werden, auf einem wesentlichen Irrthum über den Begriff des jussus und dessen Verhältniß zum Mandat beruhen. Man darf aus den früher erörterten Gründen die Anwendbarkeit der quod jussu actio nicht auf den Fall beschränken, daß der jussus an den Hausunterthänigen ging, und den Beweis für diese Meinung dadurch führen zu wollen, daß außerdem die Klage mit einer andern concurriren würde, ist, ganz abgesehen von der auch hier zu Grunde liegenden Verwechselung des Mandats mit dem jussus, an sich schon gewiß eher originell als richtig. Es ist ferner nachweislich falsch, anzunehmen, daß bei einem Befehl an den dritten Contrahenten stets beide Klagen mit einander concurriren sollen, oder, da ein solcher jussus angeblich die alleinige Grundlage der quod jussu actio ist, diese Klage wegen ihres steten Zusammentreffens mit der actio mandati ihre praktische Bedeutung verloren habe. Unter allen Bekennern dieser Ansicht ist es lediglich Schmid, welcher der hier erörterten Frage ein genaueres Nachdenken geschenkt hat, und es ist wunderbar, daß seine guten Bemerkungen über den Unterschied zwischen beiden Klagen ihn nicht noch einen Schritt weiter auf den wahren Standpunkt geführt haben. In der That aber trifft auch ihn wenigstens theilweise noch der Vorwurf, der allen Uebrigen mit voller Schwere zur Last fällt,

1) a. a. O. S. 466.

der Vorwurf, daß sie, unklar über den Begriff des jussus und daneben auch völlig unbekümmert um die Erforschung seiner wahren Bedeutung, denselben mit dem Mandatum identificiren. Kritz [1]) glaubt zwar, die Gleichstellung beider schon in den Quellen ausgesprochen zu finden, denn von dem Grundsatz ausgehend, daß bei einem jussus die Verbindlichkeit des Herrn wie ein Mandat einzig und allein auf dessen einseitiger Willenserklärung beruhe, behauptet er, es hätte von den Römischen Juristen, wie es denn auch in l. 1 § 3. und l. 5 § 1. Dig. h. t. (XV. 4.) geschehen sei, als völlig gleichbedeutend angesehen werden müssen, ob der Vater aufgetragen oder befohlen habe, da es ja ebensowohl ein Mandat sei, wenn Jemand Etwas auf unsere Rechnung und Gefahr zu thun widerruflich ermächtigt, als wenn er dazu widerruflich verpflichtet werde.

Allein die angeführten Stellen, von denen schon oben die Rede war, sagen von einer derartigen Gleichstellung nichts; in l. 5 § 1. werden hinsichtlich der Haftung Jubenten mit Mandanten verglichen, und eben die Worte, mit denen dies geschieht: similes sunt mandantibus schließen durch Annahme einer Aehnlichkeit eine Gleichstellung aus. Ebenso ist der Sinn der l. 1 § 3 cit.: Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse lediglich folgender: In dem Mandat liegt zugleich ein jussus, mithin concurriren die beiden entstehenden Klagen, und wenn die erstere wegfällt, weil nur die Worte, mit denen man zu mandiren pflegt, gebraucht wurden, ein wahres Mandatsverhältniß aber nicht eintrat, so bleibt doch die quod jussu actio bestehen. Wenn ein Irrthum gerechtfertigter sein kann, als der andere, so wäre es viel eher zu entschuldigen, wenn man aus jenen Worten Ulpian's die Aus-

1) a. a. O. S. 466.

schließung der Mandatsklage entnehmen wollte, denn wenn es heißt: wer mandirt, der befiehlt zugleich, so scheint damit gesagt, die quod jussu verträte hier die Stelle der mandati actio. Selbst dies ist offenbar des Juristen Meinung nicht gewesen, umgekehrt aber für die stete Zulässigkeit der Mandatsklage und für die hieraus sich ergebende Ueberflüssigkeit der quod jussu actio kann jener § 3 schwerlich angeführt werden.

So unzureichend die äußeren Quellenbelege sind, ebenso ungerechtfertigt ist die Argumentation, jussus und Mandat seien zu identificiren, weil ein Mandat auch dann vorhanden sei, wenn Jemand auf unsere Gefahr etwas zu thun ermächtigt werde. Der jussus ist eine einseitige Erklärung, durch welche sich der Vater verpflichtet, ohne ein Recht auf Ausführung seines Befehles dem Dritten gegenüber zu erhalten; das Mandat ist ein Consensualcontract, aus dem gegenseitig Berechtigungen und Verbindlichkeiten entspringen. Es wird also schon mit der Behauptung, ein Mandat beruhe einzig und allein auf einseitiger Willenserklärung, ein ganz irriger Standpunkt eingenommen.

Allerdings setzt sich der Vater durch Ertheilung eines Auftrags, den der Beauftragte zunächst zurückweisen oder auch annehmen kann, der Begründung eines Mandatsverhältnisses durch den Consens des Letzteren aus, und da dieser Consens nicht mit Worten zu erkennen gegeben zu werden braucht, sondern unter Umständen durch die concludente Handlung der Ausführung des Auftrags dargethan wird, so bekommt das Verhältniß einen Schein von Aehnlichkeit mit dem anderen, wenn der Vater durch den jussus sich in gleicher Weise einer Verpflichtung für den Fall unterzieht, daß der jussus befolgt wird. Allein für identisch können diese beiden Rechtsverhältnisse wegen dieses Umstandes um so weniger gehalten werden, als sogar die äußere Form des Abkommens unter den Partheien einen Unterschied deutlich genug

erkennen läßt. Gesetzt den Fall: ein Vater wendet sich mit der mündlich oder schriftlich ausgesprochnen Bitte: ich ersuche Sie, mit meinem Sohn folgendes Geschäft abzuschließen, an einen Geschäftsfreund des Letzteren, so ist hier die Entstehung eines Mandatsverhältnisses augenscheinlich; wenn dagegen ein Vater auf die Anfrage eines Dritten, ob er mit den Contracten des Haussohnes einverstanden sei und die Garantie für dieselben übernehme, antwortet: wenn Sie wollen, so schließen Sie auf meine Gefahr mit meinem Sohn den Vertrag ab, so kann nach dem in l. 1. § 1. Dig. h. t. (XV. 4.) angegebenen Beispiel eines jussus über die Zulässigkeit der quod jussu actio kein Zweifel sein; ein Mandat aber und demzufolge die Mandatsklage hier anzunehmen, würde man wohl selbst bei den dehnbarsten Grundsätzen über diesen Contract zu rechtfertigen nicht im Stande sein. Abgesehen von dieser äußeren Form aber, die eine Verschiedenheit zwischen dem mandatum und jussus nicht begründet, sondern nur verräth, ruht der eigentliche Unterschied zwischen beiden darin, daß bei dem Mandat der Beauftragte officio atque amicitia für den Vater das Geschäft führt, bei dem jussus dagegen der Dritte durchaus nicht für den Vater, sondern auf die vom Vater durch seinen Consens gebotene Garantie hin mit dem Sohn contrahirt. Gemeinschaftlich ist den beiden Rechtsverhältnissen, daß der Dritte mit dem Sohn contrahirt und der Vater haftet. Allein wenn der Vater einen Auftrag giebt, so spricht er damit seinen Wunsch aus, daß der Beauftragte die Ausführung irgend eines Geschäfts übernehmen soll, Letzterer contrahirt also mit dem Sohn für den Vater, und die Haftung des Vaters ist eine Folge der Geschäftsführung. Ertheilt der Vater dagegen einen jussus, so geschieht dies nicht, um einen Andern zu veranlassen, für ihn zu handeln, sondern nur um die Garantie zu übernehmen für das mit dem Sohn abzuschließende Geschäft. Der

Dritte ist nicht sein Stellvertreter, sondern contrahirt für sich mit dem Sohn und quodammodo mit dem Vater; die Haftung des Letzteren ist also hier nicht eine Folge einer Geschäftsführung, die den Zweck ausmacht, sondern beim jussus ist die Haftung der Zweck selbst. Hiervon ist dann wieder eine weitere Consequenz, daß, wie schon Schmid sehr richtig bemerkt hat, die mandati actio auf etwas Anderes gerichtet ist als die quod jussu actio; jene geht auf Ersatz und Schadloshaltung, diese auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit.

Nachdem wir auf diese Weise den Unterschied zwischen Mandat und jussus und demgemäß zwischen den beiden entstehenden Klagen kennen gelernt haben, bedarf es keines weiteren Beweises, daß die quod jussu actio neben der Mandatsklage nicht überflüssig ist. Es wäre wirklich seltsam, wenn man gegen den Dritten, der jussu patris quodammodo mit diesem contrahirt hat, die Mandatsklage zulassen wollte, oder ihn, wenn weder der Vater ein Mandat gegeben, noch er den jussus desselben als solches angesehen hätte, mit der quod jussu actio durch die Bemerkung abweisen wollte, er habe zwar nicht als Mandatar gehandelt, es sei auch kein Mandat ertheilt worden, allein dennoch müsse er die actio mandati anstellen. Es können Fälle vorkommen, wo nur mit der quod jussu actio geklagt werden kann, und dies tritt stets ein, wenn kein Mandat, sondern nur ein jussus vorliegt; andrerseits können beide Klagen auch zusammentreffen und die Fälle dieser Concurrenz sind nunmehr noch näher zu bestimmen.

Die quod jussu actio setzt den jussus, d. h. die durch den ausgesprochnen Willen erfolgte Uebernahme der Garantie des Vaters für das Geschäft voraus, die Mandatsklage verlangt, sofern sie nach Ausführung des Auftrags angestellt wird, daß für den Einen der Contrahenten von dem Andern ein Geschäft geführt worden ist. Die Garantie kann übernommen werden,

ohne daß das geführte Geschäft für den gewährleistenden Vater vorgenommen wird; die quod jussu actio hat also für gewisse Fälle eine selbstständige Existenz neben der Mandatsklage. Wenn aber zufolge ertheilten Auftrags der Dritte als Mandatar des Vaters mit dem Sohne contrahirte, so ist, weil die Haftung des Vertrags eine nothwendige Folge davon ist, daß für ihn gehandelt wird, zugleich die Garantie indirect mit von dem Vater übernommen, und es tritt also eine Concurrenz der quod jussu und mandati actio insofern für den Dritten ein, als er, je nachdem er den ertheilten Auftrag als Mandat annahm und als Mandatar handelte, oder zufolge des in dem Mandat zugleich mitenthaltenen jussus quodammodo mit dem Vater contrahirte, entweder die eine oder die andere Klage anstellen kann. Ganz frei ist aber diese Concurrenz nicht, denn die mandati wie die quod jussu actio hat hinsichtlich der Gesinnung und Absicht des Dritten ihre besonderen Voraussetzungen. Wer die Mandatsklage anstellen will, muß als Mandatar gehandelt, wer sich der quod jussu actio bedienen will, quodammodo cum patre contrahirt haben, und wenn sich auch im einzelnen Fall über die Absicht des Dritten Nichts bestimmen läßt, er also die Wahl frei hat, so zeigt sich doch dieser Umstand dadurch von Wichtigkeit, daß der Kläger, wenn er einmal die Mandatsklage angestellt hat, nicht zu der quod jussu actio zurückkehren kann, da er durch Anstellung der ersteren selbst bekannt hat, als Mandatar gehandelt zu haben.

II) Schon oben, als von dem Requisit die Rede war, daß der Dritte bei dem Vertrag, den er jussu patris mit dem Sohne eingeht, sein Vertrauen dabei auf den Vater setzen (patris fidem sequi) müsse, wurde einerseits vor einer Verwechselung der beiden Fälle, daß Jemand in der eben angegebenen Weise oder als neg. gestor contrahirt, gewarnt, andrerseits beiläufig bemerkt, daß dennoch eine Concurrenz beider Klagen eintreten

könne. In wie weit dies möglich ist, muß hier näher bestimmt werden.

Um die negotiorum gestorum actio contraria anstellen zu können, bedarf es der Besorgung eines fremden Geschäfts, ferner des animus negotia aliena gerendi und der Absicht, eine Person dadurch zu verpflichten. Es läßt sich nun der Fall denken, daß der Dritte bei dem Vertrag mit dem Haussohn als negotiorum gestor des Vaters auftritt und durch Erfüllung der eben angeführten Erfordernisse gegen Letzteren die neg. gest. actio erwirbt. Zugleich kann er aber auch jussu patris contrahirt haben, sei es, daß der jussus gegen ihn selbst ausgesprochen wurde, in welchem Fall er, ohne Mandatar zu werden, eben aus demselben die Ueberzeugung gewonnen haben kann, daß dem Vater an dem Geschäft mit dem Sohn gelegen ist, daß er also für Jenen utiliter handelt, wenn er mit Diesem contrahirt, sei es, daß der jussus dem Sohne selbst oder, wie es nach l. 1. § 6. Dig. h. t. (XV. 4.) möglich ist, erst nachträglich in Form der Ratihabition ertheilt wurde, wo man einerseits an ein Mandat gar nicht denken kann, andrerseits eben die Ratihabition dem Rechtsverhältniß um so mehr den Anschein einer Negotiorum Gestio verleiht. Hier würde zunächst also ein Concurrenzfall zwischen der neg. gest. und quod jussu actio vorliegen; allein ebenso wie oben bei dem Mandat, muß auch hier die Concurrenz in ihrer Freiheit beschränkt werden. Wer als neg. gestor des Vaters mit dem Sohn contrahirt, erwirbt, gleichviel ob dies in Angelegenheiten des Ersteren oder des Letzteren geschieht, gegen den Vater die Geschäftsführungsklage; den Sohn, den er zunächst gar nicht verbindlich machen wollte, verpflichtet er nicht[1]). Wer dagegen auf den jussus hin den

1) l. 6. § 1. Dig. de neg. gest. (III. 5.). Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum,

Vertrag mit dem Sohn abschließt, obligirt zunächst diesen, und nur durch ihn auch den Vater; die Klage, die er gegen den Sohn hat, stellt er mit dem Zusatz quod jussu gegen den Vater an. Auch hier kommt also Alles darauf an, in welcher Absicht der Contrahent gehandelt hat, und auch hier muß, obgleich bei der Unmöglichkeit, seine nicht ausgesprochene Gesinnung zu kennen, ihm Anfangs die eine wie die andere Klage zu Gebote steht, doch entschieden die quod jussu actio verweigert werden, wenn er den animus, als neg. gestor den Vater ausschließlich zu obligiren, durch Anstellung der neg. gest. actio dargethan hat.

Diese Grundsätze, welche den bei Concurrenz der mandati und quod jussu actio vorgetragenen ganz analog sind, würden die einzigen sein, die hier zur Geltung kommen, wenn nicht in der l. 31. Dig. de neg. gest. (III. 5.) von Papinian noch eine neg. gest. actio ad exemplum institoriae actionis erwähnt würde, die eben hier noch einer besonderen Berücksichtigung bedarf. Ueber den Inhalt dieser Stelle habe ich schon an einem andern Orte mich ausgesprochen [1]), der Jurist gestattet dem Gläubiger, der unter Berücksichtigung des Mandanten dem Mandatar ein Mutuum gegeben, ebenso dem Bürgen, der dafür gut gesagt hat, eine neg. gest. actio gegen den Dominus. Diese Bestimmung hat an sich durchaus nichts Besonderes, denn wenn der Gläubiger und Bürge als neg. gestor aufgetreten ist, so muß ihm natürlich diese Klage zustehen. Das Auffällige liegt dabei darin, daß dieselbe gegeben wird ad exemplum institoriae, d. h. daß die neg. gest.

---

vel pignus liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Vgl. auch l. 6. § 6. eod., wo das Verhältniß einer Geschäftsführung für Vater und Sohn genauer erörtert wird.

1) Meine Neg. Gestio S. 189 folgde.

actio zugelassen wird, weil man eine Verpflichtung des Mandanten dem Contrahenten des Mandatars gegenüber schon anerkannt hat. Aus diesem Zusatz erhellt, daß die neg. gest. actio nicht jene gewöhnliche, aus dem animus den Mandanten zu verpflichten hervorgehende, sondern eine utilis ist. Derjenige, welcher als neg. gestor des Mandanten auftritt, verpflichtet diesen; gegen den Mandatar hat er keine Klage, nun soll aber auch für Denjenigen, der zunächst mit dem Mandatar contrahiren und diesen verbindlich machen wollte, die beiläufige Contemplation des Machtgebers eine neg. gest. actio, also eine directe Klagberechtigung gegen ihn, hervorrufen, und zwar deßhalb, weil ja schon längst der Dominus aus den Handlungen seines Beauftragten direct obligirt werde.

Mit der Zulassung dieser neg. gest. actio utilis ist eine neue Möglichkeit einer Concurrenz der Geschäftsführungsklage mit der quod jussu actio eingetreten. Der Contrahent des Sohnes kann je nach seiner Absicht gegen den Vater die quod jussu oder die oben erwähnte neg. gest. actio anstellen, zu der ersteren aber nicht mehr zurückkehren, wenn er sich der letzteren schon bedient hat. Die in l. 31. cit. gegebene neg. gest. actio utilis steht ihm aber, vorausgesetzt, daß er auch nur beiläufig contemplatione patris handelte, vollständig zu freier Wahl neben der quod jussu actio zu, so daß er, wenn er mit der einen Klage Nichts erreicht, die andere anstellen kann. Sie setzt nicht voraus, daß direct bloß mit der Absicht, den Vater zu verpflichten, gehandelt worden sei, sie ist ad exemplum institoriae auch möglich, wenn zunächst mit dem Sohn contrahirt wurde.

III) In § 5. J. Quod cum eo (IV. 7.) heißt es:

> Caeterum dubium non est, quin is quoque qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit.

Mit deutlichen Worten wird hier die auch aus inneren Gründen unzweifelhafte Möglichkeit einer Concurrenz der quod jussu mit der de peculio und de in rem verso actio anerkannt. Der Vater ist verpflichtet aus einer Version oder aus seinem Consens; beide Momente können natürlich auch zusammentreffen und müssen dann jene Klagenconcurrenz ergeben. Ebenso können unbedingt auch die exercitoria und institoria und die quod jussu actio neben einander zustehen, denn in dem Factum der Bestellung zum magister navis oder institor liegt auch ein jussus, der die quod jussu actio erzeugt [1]). Nur wird in diesem Fall bei der Leichtigkeit des Beweises, daß der Sohn als magister oder Institor bestellt war, nicht leicht Jemand seine Zuflucht zu einer Klage nehmen, die sich zu der exercitoria und institoria wie eine generelle zu einer speziellen Klage verhält.

IV) Die Frage, ob eine Concurrenz zwischen der quod jussu und quasi institoria actio möglich ist, könnte man zunächst zu verneinen leicht geneigt sein. Die quasi institoria, eine durch die Römischen Juristen erst später eingeführte Klage, wurde zugelassen, weil ebenso wie der Präponent von dem Contrahenten des Institor verpflichtet wird, so auch consequent der Mandant aus einem Vertrag mit dem Mandatar verbindlich werden muß. Eine nothwendige Voraussetzung der Klage scheint also zu sein das Mandat, und eben deßhalb sollte eigentlich der Contrahent des Sohnes zu ihr nicht berechtigt sein, denn der Vater kann dem Sohn nicht mandiren. Spricht er ihm gegenüber seinen Willen aus, so ist, selbst wenn dies mit Worten geschah, mit denen mandirt zu werden pflegt,

1) Zu demselben Resultat kommt Thibaut a. a. O. durch seine Annahme, daß dasselbe Prinzip, auf welches zunächst die exer. und inst. actio basirt gewesen sei, später durch Einführung der quod jussu actio generelle Anerkennung gefunden habe.

immer ein jussus vorhanden, da an die Stelle des bei dem Mandat für den Beauftragten charakteristischen freien Willens den Auftrag zu übernehmen, für den Sohn die Nothwendigkeit zu gehorchen tritt. —

Ungeachtet somit die quasi institoria für den dritten Contrahenten unanwendbar, und eine Concurrenz zwischen ihr und der quod jussu unzulässig erscheint, wird dennoch von den Kaisern Demjenigen, der auf den Willen des Herrn hin mit dem Sklaven contrahirt hat, auch die quasi institoria zugestanden [1]), eine Bestimmung, die dadurch vollständig gerechtfertigt wird, daß die Verpflichtung des Herrn, wie auch bei der quasi institoria utilis anerkannt wurde, aus der Willenserklärung im Allgemeinen, nicht aus dem Mandat als einer besonderen Form derselben herzuleiten ist. — So können denn allerdings die quasi institoria und quod jussu actio mit einander concurriren, jedoch nur in dem Fall, wenn der jussus an den Haussohn gerichtet wurde. Außerdem ist die erstere Klage unmöglich, mithin durch sie die letztere auch nicht überflüssig geworden.

V) In § 8. J. Quod cum eo (IV. 7.) wird neben der quod jussu actio auch eine Condiction zugelassen. Die Erörterung dieses Concurrenzfalls fällt aber zusammen mit der Beantwortung der Frage, ob die quod jussu actio für unser Recht noch eine praktische Bedeutung habe, und soll deßhalb selbstständig im letzten Capitel behandelt werden.

---

1) const. 6. Cod. de inst. et exercit. act. (IV. 25.). Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institoriae recte in solidum dominum convenit. —

VII. Ueber die praktische Bedeutung der quod jussu actio.

Am Schluß der ganzen bisher geführten Untersuchungen, bleibt noch eine Frage zu erledigen übrig, von deren Entscheidung unverkennbar der praktische Werth dieser Abhandlung zum großen Theil abhängt. Zwar möchte ich derselben, wenn sie anders ihren Zweck, die einschlagenden Rechtsverhältnisse gründlich darzustellen und klar zur Anschauung zu bringen, erreicht hat, selbst für den Fall eine gewisse Berechtigung vindiciren, daß die actio quod jussu heutzutage als überflüssig und unanwendbar erscheinen sollte, denn es ist nicht minder die Aufgabe des Civilisten, überflüssiges historisches Material nach vorgängiger Untersuchung aus der Darstellung des praktischen Rechts hinwegzuräumen, als die Fortbildung des letzteren aus dem historisch gegebenen Material zu versuchen. Allein bei Ausarbeitung dieser ganzen Lehre hat mich nicht das Streben nach diesem indirecten Verdienst, sondern die Ueberzeugung geleitet, daß bei der großen Meinungsverschiedenheit, der wir auf dem Gebiete der quod jussu actio mehr als einmal begegnet sind, die praktische Bedeutung dieser Klage einmal überschätzt, von Anderen ebenso unrichtig ganz in Abrede gestellt worden ist, und daß, abgesehen von dem Gewinn, den wir aus der Untersuchung derselben zur Erkenntniß des inneren Rechtsorganismus ziehen können, der Versuch, den praktischen Werth genau festzustellen, an sich schon verdienstlich sei.

Die Verpflichtung des Hausvaters beruht auf dem Moment der Version oder des Consenses; geltend gemacht wurde dieselbe ursprünglich mit der de peculio, de in rem verso und quod jussu actio. Später führte der Prätor die exercit., institor. und tributoria actio ein, Klagen, die man kurzweg als quod jussu actiones bezeichnen kann, sofern sie, wie es

ursprünglich der Fall war, nur bei Contracten der Hausunterthänigen zugelassen wurden. Daß nun durch sie die quod jussu actio nicht überflüssig geworden ist, bedarf keines Beweises. Allein die exercit. und institor. actio wurde auf den Fall der Stellvertretung durch Unabhängige ausgedehnt, es wurde die quasi institoria actio für den Fall eingeführt, daß ein Dritter mit dem Mandatar contrahirt hatte, und diese Klage zugelassen, wenn Jemand auf den Willen des dominus hin mit dem servus contrahirt hatte. Ebenso kann der Contrahent des Sohnes, wenn er als neg. gestor des Vaters auftrat, gegen diesen die neg. gest. actio anstellen, ja, utiliter ist diese Klage selbst dann anwendbar, wenn zunächst mit dem Sohn contrahirt, und nur beiläufig auch contemplatione patris gehandelt wurde. Endlich ist auch über die Zuläßigkeit der Mandatsklage kein Zweifel, vorausgesetzt, daß der Vater dem Dritten gegenüber nicht bloß den jussus ausgesprochen, sondern wirklich mandirt hatte. Es entsteht die Frage, ob nicht durch diese letztgenannten Klagen die quod jussu actio ihre praktische Bedeutung verloren hat? —

Die Antwort hierauf wird durch das Resultat gegeben, das wir aus der obigen Vergleichung der verschiedenen Klagen ziehen können. Die quasi institoria ist zuläßig, wenn der Dritte auf den Willen des Hausherrn hin mit dem Unterworfenen contrahirt hat; allein sie ist es nur dann, wenn der jussus an den Letzteren gerichtet wurde. Bei einem jussus an den Dritten ist eine analoge Anwendung der institoria actio undenkbar, hier tritt die Mandatsklage ein, wenn der Wille nicht bloß in Gestalt eines jussus, sondern als Mandat, das den jussus mit enthält, ausgesprochen wurde. War dies nicht der Fall, so kann, wenn contemplatione patris gehandelt wurde, die neg. gest. actio direct oder utiliter angestellt werden; findet sich aber auch diese Contemplation nicht,

so ist nur die quod jussu actio möglich, und dies ist der einzige Fall, in welchem sie nicht mit andern Klagen concurrirt, andrerseits aber auch ein Fall, für welchen man ihr praktische Bedeutung nicht absprechen darf.

Mit diesem Nachweis ist aber die eigentliche Schwierigkeit der hier zu beantwortenden Frage durchaus nicht überwunden, vielmehr wird, jene Anwendung der quod jussu actio als Möglichkeit zugegeben, die Geltung dieser Klage für unser heutiges Recht aus zwei Gründen geleugnet, einmal wegen der Veränderung der väterlichen Gewalt und der vermögensrechtlichen Stellung des Sohnes zum Vater, zweitens, weil neben der quod jussu actio, wie in den Quellen steht, die Condiction (wie von den meisten Rechtslehrern behauptet wird: die directe Klage aus dem Contract) zugestanden und hierdurch erstere völlig außer Gebrauch gesetzt worden sei.

Die erstere Behauptung, daß die heutige von der Römischen verschiedene Gestaltung der patria potestas die Anwendbarkeit der quod jussu actio ausschließe, ist niemals herrschendes Dogma gewesen; nur vereinzelt findet sich dieselbe zuweilen ausgesprochen, so von Vinnius[1]), Hellfeld[2]) und Koch[3]), entschieden gegen dieselbe haben sich erklärt Thibaut[4]) und Schmid[5]). Nur Müller[6]) hat in neuerer Zeit ausführlich die heutige Zulässigkeit der Klage untersucht und ist zu dem Resultat gekommen, daß der Vater nach heutigem Recht niemals mit der actio quod jussu belangt werden könne, wenn der Sohn rücksichtlich seines ihm eigenthümlichen

1) Comment. ad § ult. J. Quod cum eo (IV. 7.).
2) Jurisprudentia forensis § 919.
3) Recht der Forderungen Bd. II. S. 518.
4) a. a. O. S. 187.
5) a. a. O. S. 146.
6) a. a. O. S. 159.

Vermögens (pec. advent. ord. und extraord.) ein Geschäft abgeschlossen habe. Die Gewichtigkeit der von ihm angeführten Gründe ist schon anderweitig erörtert worden. Hier ist nur zu bemerken, daß er die actio quod jussu bei Verträgen über die eigenen Angelegenheiten des Sohnes deßhalb verwirft, weil von dem Prätor diese Klage nur wegen des Erwerbs, den der Vater durch den Sohn früher stets gemacht habe, aus Billigkeit zugelassen worden sei, heutzutage aber dieser directe Erwerb durch den Sohn in Wegfalle komme.

Bei dem ganzen Raisonnement, daß die juristische Bedeutung der patria potestas in unserer Zeit nicht mehr für Zulassung der quod jussu actio sich qualifizire, entweder weil die unitas personae zwischen Vater und Sohn oder der directe Erwerb des Ersteren durch Letzteren aufgehoben sei, oder endlich, weil jetzt der Sohn ein durchaus selbstständiges Vermögen zu freier Verfügung haben könne, — liegt der Irrthum zu Grunde, daß bei der actio quod jussu sogleich bei ihrer Einführung das produzirende Element eine Berechtigung des Vaters auf die Habe des Sohnes gewesen sei. Zu diesem Irrthum ist man aber wieder dadurch gekommen, daß man das Motiv zur Einführung dieser Klage mit ihrer formalen Grundlage verwechselt, d. h. angenommen hat: weil der Erwerb, den der Sohn machte, dem Vater zufiel, wurde gegen Diesen die Klage gegeben, also kann sie nicht in Anwendung kommen, wenn der Vater durch den Sohn nicht erwirbt. In der That ist aber das Verhältniß vielmehr folgendes: Der indirecte Erwerb, den der Vater machte, andrerseits die Schwierigkeit, den Haussohn mit Erfolg belangen zu können, führte darauf hin, eine Verpflichtung des Vaters anzunehmen; den Grund der deßhalb zugelassenen Klagen setzte man aber nicht darein, daß der Vater wirklich durch den Contract mit dem filiusfamilias erwarb, denn kein Mensch wird

behaupten, daß die quod jussu bei den Römern unzulässig war, sobald der Vater kein lucrum aus dem Geschäft gezogen hatte, sondern mit feinem civilistischen Gefühl sah man ein, daß jenes allgemeine Motiv der Verpflichtung des Vaters bei juristischer Betrachtung einerseits näher zu bestimmen, andrerseits nicht ausreichend war. Die ausdrücklich gegebene Einwilligung schien den Vater mit nicht minderem Recht verbindlich zu machen, als die Möglichkeit des Erwerbes, und so unterschied man als Grundlagen der neuen Klagen einerseits den Consens, andrerseits die Version, das ist das Product der Möglichkeit des Erwerbs. Nach Anerkennung dieser Basis konnte und kann es heutzutage nicht mehr auf jenes allgemeine Motiv ankommen. Es ist nur der Wille, der den Vater verpflichtet, durchaus kein besonderes Verhältniß zu dem Vermögen des Sohnes, und eben deßhalb kann auch die Veränderung der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Vater und Sohn keine Einwirkung haben. Der jussus ist der Wille des Vaters über den Sohn, die quod jussu actio begründet sich nur auf die persönliche Herrschaft des Ersteren über den Letzteren, diese ist geblieben und mit ihr auch die actio quod jussu.

Weit begründeter erscheint die Ansicht, daß die in den Quellen mehrfach als concurrirend bezeichnete Condiction, da mit ihr eine directe Klagberechtigung des Dritten gegen den Vater anerkannt sei, die quod jussu actio für unser jetziges Recht entbehrlich gemacht habe. Die Stellen, in denen jener Condiction Erwähnung geschieht, sind folgende:

§ ult. J. Quod cum eo (IV. 7.): Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset.

Ei quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet: quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

l. 29. Dig. de reb. cred. (XII. 1.): Si institorem servum dominus habuerit, posse dici, Julianus ait, etiam condici ei posse, quasi jussu ejus contrahatur, a quo praepositus sit.

l. 17. § 4. Dig. de instit. act. (XIV. 3.): Proculus ait: si denuntiavero tibi ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam, si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet. Sed si ex eo contractu peculium habeat, aut in rem meam versum sit, nec velim, quo locupletior sim, solvere, replicari de dolo malo oportet; nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram.

§ 5. Ex hac causa etiam condici posse verum est.

l. 5. pr. Dig. h. t. (XV. 4.): Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, jusserit servo filiove numerari, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit. Immo hoc casu de jussu actio non competit.

Diese Stellen[1]), und unter ihnen vor Allem der zuerst angeführte Institutionenparagraph, sind stets für die Interpreten ein Stein des Anstoßes gewesen. Es wird scheinbar eine die sämmtlichen actiones adj. qualit. absorbirende Concurrenz der condictio ausgesprochen. Schon die Entstehung der letzteren und das Verhältniß, in welches sie zu jenen trat, ist zweifelhaft, zweifelhafter noch, ob durch die Condiction wirklich die quod jussu, de in rem verso, institoria und exercitoria actio außer Gebrauch gekommen sind, oder, wenn sie bestehen, wie sie sich zu jener verhalten.

1) Ueber die l. 84. Dig. pro socio (XVII. 2.) werden wir weiter unten sprechen.

Einig sind wohl alle Juristen darüber, daß eine Concurrenz zwischen der **condictio** und **quod jussu actio** eintritt, ebenso wird fast allgemein angenommen, daß diese Concurrenz eine vollständige ist, d. h. daß das ganze Object, auf welches die **quod jussu actio** geht, condicirt werden könne. Dagegen weichen die Meinungen über die von der Betrachtung dieser Verhältnisse abhängige praktische Bedeutung unserer Klage bedeutend von einander ab, denn während Einige dieselbe vollständig läugnen und läugnen müssen, weil sie so weit gehen, unter der Condiction die Contractsklage zu verstehen, haben Andere, von einer Ahnung des Richtigen geleitet, mindestens das Verdienst, die letztere Behauptung zu verwerfen und nach Gründen für die Forteristenz der **actiones adj. qual.** wenigstens zu suchen, wenn sie auch, von einem falschen Standpunkt ausgehend, die eigentlich entscheidenden Momente nicht hervorheben.

Ein Bild von der Verschiedenheit der Ansichten über diesen Punkt geben uns für die frühere Zeit die älteren Institutionencommentare. Manche der Commentatoren umgehen die eigentliche Schwierigkeit, indem sie einfach die Concurrenz der **act. adj. qual.** mit der Condiction anerkennen, und sich darauf beschränken, mehr oder minder weitläufig die Condiction als directes Rechtsmittel gegen den Vater zu erklären. So Vultejus[1]), Borcholten[2]), Janus a Costa[3]), von dem wir sonst die Vermeidung schwieriger Fragen nicht gewohnt sind, und Otto[4]), der aber das Verdienst hat, die hier erwähnte Condiction nicht mit der Contractsklage zu verwechseln. Etwas genauer auf das durch jene Concurrenz ent-

1) Comment. in Inst. ad § ult. cit. pag. 784.
2) Comment. pag. 932.
3) Comment. eod. pag. 568.
4) Comment. pag. 500. 501.

stehende Verhältniß der Klagen zu einander geht Marcilius[1]) ein, und während Vinnius[2]) es als eine allgemein anerkannte Sache behandelt, daß von den actiones adj. qual. Nichts mehr übrig sei, als die Namen, bemüht sich Bachov[3]) mit höchst anerkennenswerther Genauigkeit, die Entstehung und Stellung der Condiction neben jenen zu erklären, giebt zu dem Ende verschiedene Auskunftsmittel an und warnt schließlich vor dem Irrthum, in welchen Wesembeck und Andere verfallen seien, die condictio für die Contractsklage zu halten.

Dieselbe Unbestimmtheit in dem Dogma findet sich auch bei Anderen, eine gewisse Uebereinstimmung tritt nur hinsichtlich eben dieses falschen Grundsatzes, daß die Contractsklage direct gegen den Vater zulässig sei, ein, der von einer ganzen Reihe sogenannter Praktiker, wie z. B. von Westenberg[4]), Schaumburg[5]), Hofacker[6]), Hellfeld[7]) festgehalten wird. Gegen sie erklärten sich Lauterbach[8]), Glück[9]) und früher Schilter[10]), den Letzteren bekämpft wieder Thibaut[11]) und sein leichter Sieg über die schlechtgeführte Opposition bestärkt ihn in seiner irrigen Ansicht. Neuerdings bekennt sich zu der Thibaut'schen Meinung Müller[12]);

1) Annotat. ad § cit. in Comment. Jani a Costa, curante van de Water pag. 569.

2) Comment. pag. 773.

3) Comment. pag. 841.

4) Princip. juris sec. ord. Dig. h. t. § 7.

5) Compend. jur. Dig. h. t. § 3.

6) Princip. jur. civ. R. G. tom. III. § 1806 not. c.

7) Jurisprud. forens. § 919.

8) Colleg. theoret.-pract. Pand. h. t. § 10.

9) Commentar Bd. XIV. S. 428.

10) Prax. jur. Rom. ex. 27. § 1.

11) Archiv Bd. XII. S. 189. 190.

12) Abhandlungen S. 150.

v. Vangerow[1]) bemerkt sehr richtig nur, daß gegen den Vater auch eine directe Klage (nicht aber die actio ex contractu) zulässig sei; ebenso verwirft Sintenis[2]) die Annahme, daß der Vater unmittelbar aus dem Contract hafte, als die Folge eines Mißverständnisses. Schmid[3]), Unterholzner[4]) und Bucher[5]) sprechen sich über die ganze Frage nicht aus.

Wenn wir nach dieser kurzen Dogmengeschichte auf Untersuchung des streitigen Punktes selbst eingehen, so zeigt es sich bald, daß wir über denselben lediglich durch die Bestimmung und Erklärung, welcher Art die in den Quellen erwähnte Condiction sei, hinwegkommen. Gewöhnlich hat man sie mit Recht als eine directe Klage bezeichnet, fast ebenso häufig aber mit Unrecht es bei dieser Erklärung bewenden lassen. Eben hierdurch ist man allmählich in den Fehler verfallen, aus der directen Klage die Contractsklage zu machen, ein Irrthum, der am reinsten, aber unverkennbar auch am scharfsinnigsten vertheidigt wird von Thibaut. Er sagt: Wenn der Vater dem Dritten gegenüber den jussus ausspricht, so hat dieser gegen ihn die actio mandati contraria, wenn aber der Vater dem Sohn den jussus ertheilt, und ein Anderer schließt darauf hin mit Letzterem einen Vertrag ab, so kann hier der Sohn als instrumentum des Vaters betrachtet und dieser so behandelt werden, als ob er selbst den Contract mit dem Dritten geschlossen habe, wie man es ja nach der Strenge überall annimmt, wo Jemand nur als Diener eines Anderen

1) Leitfaden Bd. I. Abthlg. II. S. 368.

2) Civilrecht Bd. II. S. 375. Not. 91.

3) Doch scheint er der nämlichen Ansicht zu sein wie Sintenis. Archiv Bd. 29. S. 146.

4) Schuldverhältnisse Bd. I. S. 411. 412.

5) Recht der Forderungen S. 515.

handelte. Es konnten also direct gegen den Vater die Contractsklagen angestellt werden, und sie bezeichnete man mit dem Collectivausdruck condictio, welcher auch auf alle Personalklagen geht.

Ganz abgesehen von jener durchaus unstatthaften Anwendung der Mandatsklage, ist der Gedanke, daß die Römer bei der Condiction den Sohn als instrumentum des Vaters betrachtet hätten, schon deßhalb durchaus verwerflich, weil sie eine Concurrenz derselben mit den actiones adj. qual. zulassen. Contrahirt aber der Vater nur durch den Sohn wie durch einen Nuntius direct mit dem Dritten, so würde zwar die directe Klage gegen den Vater, nicht aber die quod jussu actio, d. h. die eigentlich gegen den Sohn zuständige und mit dem Zusatz: quod jussu gegen den Vater zugelassene Klage, statthaft sein. Beides, sowohl die regelmäßige Concurrenz der quod jussu actio und der Condiction, als auch die Unmöglichkeit der ersteren in dem Fall, wenn der Sohn nur als Bote des Vaters fungirt, beweist die oben zuletzt citirte l. 5. Dig. h. t., wo Ulpian sagt: wenn der Vater selbst ein Darlehn aufnahm und es nur dem Sohn auszahlen ließ, steht gegen ihn die Condiction zu; die quod jussu actio ist in diesem Fall nicht möglich.

Die Behauptung, daß der Sohn als instrumentum fungire, und deßhalb die directe Klage, das ist die Condiction, möglich gewesen sei, wo die quod jussu actio statthaft war, beruht mithin auf einer völligen Verwechselung der Thätigkeit, welche bei einer und der anderen Klage bei dem Sohn vorausgesetzt wird. Zu der quod jussu actio muß er Selbstcontrahent sein, zu der von Thibaut angenommenen directen Klage darf er es nicht sein. Selbst wenn wir keine Beweise dagegen hätten, wäre es nicht zu glauben, daß die scharf unterscheidenden Römer neben einer Klage, die durch die eine

Function des Sohnes bedingt war, eine andere zugelassen haben sollten, bei welcher der Sohn in einer durchaus verschiedenen juristischen Stellung auftreten mußte. Es wäre dies nicht einmal anzunehmen, wenn die Römer die directe Klage unter völliger Verwerfung der quod jussu actio an deren Stelle gesetzt hätten; allein sie lassen einmal beide Klagen in freier Concurrenz neben einander zu, und da, wo der Sohn nicht als Selbstcontrahent erscheint, wird ausdrücklich die Unstatthaftigkeit der quod jussu actio erwähnt! Hiermit erweist sich die Thibaut'sche Ansicht als völlig unmöglich.

Endlich ist denn doch auch die Behauptung, daß die Contractsklagen, z. B. die actio venditi, locati (Beispiele, welche Thibaut selbst anführt), mit dem Collectivausdruck: condictio, der auf alle Personalklagen gehe, bezeichnet würden, fast mehr als gewagt. Daß die Römer eine bonae fidei actio als condictio zu bezeichnen pflegten, wäre eines genaueren Nachweises um so mehr werth gewesen, als man durch die genaue Untersuchung, welche die Römischen im einzelnen Fall darüber anstellen, ob eine actio emti oder eine condictio vorhanden sei, der Annahme sehr geneigt sein könnte, daß die Römer wie in der Beurtheilung so auch in der Terminologie das Gebiet der Condictionen scharf abgränzten[1]. Die nahe liegende Erklärung der Condiction neben den actiones adj. qual. ergiebt sich aus dem inneren Wesen der Condictionen selbst.

Wenn man die Lehre von den Condictionen in der meisterhaften Darstellung v. Savigny's verfolgt, so wird man mit Nothwendigkeit zu der Ueberzeugung geführt, daß, so

1) l. 11. § 6. Dig. de actbs. emti (19. 1.). Vgl. über diesen Punkt und hinsichtlich der nachfolgenden Darstellung: v. Savigny, System Bd. V. Beilage XIV.

mannichfaltig auch die Fälle sind, in denen die Condictionen zur Anwendung gelangen, denselben doch stets ein und dasselbe Prinzip: Schutz gegen grundlose Erweiterung eines Vermögens, durch Verminderung eines andern Vermögens, zu Grunde liegt. Dieses Prinzip findet sich ebenso in dem ursprünglichen Fall des Darlehns, wo das höhere Vertrauen, welches der Gläubiger durch Aufgeben seines Eigenthums dem Empfänger beweist, zunächst schon einen besonders strengen Rechtsschutz fordert, wie in den andern Fällen, wo bei Besitzübertragung, der Eigenmacht des Empfängers gegenüber, die Condiction neben der mandati, neg. gestorum, pro socio, tutelae actio zugelassen wird, Klagen, die wegen dieser partiellen Concurrenz mit der Condiction von Niemand als überflüssig bezeichnet worden sind. Das nämliche Prinzip ist es, welches die condictio bei einem irrigen Geben, und das sie endlich als reine condictio sine causa bei einer auf Zufall oder Willkühr des Bereicherten beruhenden Vermögenserweiterung möglich macht.

Wenn wir nun in dieser Weise einerseits für eine gewisse Art von Klagen hinsichtlich ihrer Anwendung mit höchst unbedeutenden Modificationen ein und denselben Grundsatz angewendet finden, andrerseits uns eine solche Klage vorkommt, die hinsichtlich ihrer Begründung und Natur uns, wie es bei der condictio neben den actiones adj. qual. der Fall ist, zweifelhaft erscheint, so ist zunächst gewiß der Schluß statthaft, daß derselben auch hier das nämliche Prinzip unterliegt, das sich sonst überall befolgt findet, und nur die Unmöglichkeit, dasselbe mit den Aussprüchen der Quellen in Einklang zu bringen, könnte Veranlassung sein, eine Abweichung von der Regel anzunehmen.

Was wird uns aber über jene fragliche Condiction von den Römischen Juristen gesagt? In der l. 5. pr. Dig. h. t.

(XV. 4.) wird dem Dritten, der dem Vater selbst ein Darlehn gab und nur auf dessen Geheiß dem Sohn auszahlte, eine Condiction gegeben. Offenbar ist dies die condictio mutui, die etwas Besonderes in ihrer Anwendung an dieser Stelle gar nicht hat, da nicht mit dem Sohn, sondern mit dem Vater direct contrahirt worden ist. Diese Stelle gehört also eigentlich gar nicht hierher, ebensowenig wie die l. 84. Dig. pro socio (XVII. 2.):

> Quoties jussu alicujus, vel cum filio ejus, vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda societate spectata sit. —

Zur richtigen Interpretation dieses ebenfalls häufig angeführten Fragments muß auch angenommen werden, daß in ihr der Stellvertreter nur als Bote oder Unterhändler erscheint [1]).

In der l. 17. Dig. de inst. act. (XIV. 3.) heißt es in § 4, wenn der Präponent ausdrücklich untersage, seinem servus praepositus Credit zu geben, so stehe ihm gegen die aus einem mit Letzterem abgeschlossenen Vertrag zuständige institoria actio eine Exception zu. Sei er aber bereichert worden, so könne de dolo replicirt werden, und in diesem Fall, wird in § 5 hinzugefügt, sei auch die Condiction möglich. Letztere ist hier mit klaren Worten zugelassen, weil ein lucrum ex aliena jactura gemacht werde, es kommt also hier die condictio sine causa ganz rein, ihrem oben angegebenen Prinzip nach zur Anwendung, Niemand wird sie für die Contractsklage halten, Niemand annehmen, daß mit ihr dasselbe zu erreichen sei, worauf diese letztere geht, denn die Condictio dient nur zur Entziehung der widerrechtlichen Vermögenser-

---

1) Vgl. Meine Neg. Gestio S. 175. 176.

weiterung, die Contractsklage dagegen ist nicht bloß zur Wiedererlangung des positiv Verlornen gegeben.

Nunmehr bleiben uns noch der § ult. J. Quod cum eo (IV. 7.) und die l. 29. Dig. de reb. cred. (XII. 1.) übrig, und bei ihnen sind die Verhältnisse insofern andere, als einmal bei dem direct mit dem Sohn geschlossenen Vertrag, und zweitens nicht ausdrücklich wegen eines lucrum, das der Vater ex aliena jactura macht, die Condiction zugelassen wird. Das Object der quod jussu actio, quodque in rem patris versum erit, soll vom Vater condicirt werden können, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Das Nämliche soll auch für die exercit. und institor. actio gelten, da auch hier jussu patris contrahirt werde.

Man könnte auch hier zunächst die Behauptung aufstellen, die Condiction sei ihrem Prinzip gemäß in diesem Fall gegeben, wenn eine grundlose Bereicherung des Vaters vorliegt, denn es heißt in der Institutionenstelle: es soll condicirt werden id quod jussu contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit. Allein ersichtlich wird hier der Condiction noch eine andere Begründung, die aus dem jussus selbst hervorgeht, beigelegt; denn nach den Worten der Stelle wird sie gegeben, als ob principaliter mit dem Vater selbst contrahirt worden sei, und in l. 29. cit. wird auf den jussus wieder entscheidendes Gewicht für Zulassung der Condiction gelegt.

Sind wir aber dadurch, daß hier die Condiction gegen den Vater dem Dritten offenbar wegen seines dem Vater geschenkten Vertrauens (das sich eben durch sein Handeln auf den jussus hin und durch sein patris fidem sequi ausspricht) gegeben wird, gezwungen, hier eine Condiction, welche nicht die Natur und den Charakter der übrigen Condictionen theilt, anzunehmen, oder sogar unter derselben die Contractsklage

zu verstehen? Ist es bei dem ursprünglichen Fall der Condiction, bei der condictio mutui nicht eben das besonders erhöhte Vertrauen, welches der Gläubiger dem Empfänger beweist, wodurch sie entsteht, sobald Letzterer durch das ihm anvertraute Eigenthum sein Vermögen erweitert? Unsere Quellen beginnen die Darstellung der Lehre von den Condictionen mit dem Mutuum; an die Spitze der Lehre vom Mutuum stellen sie eine Untersuchung über die Bedeutung des Wortes credere, und zur Erklärung des Wortes sagt Ulpian in der l. 1. Dig. de reb. cred. (XII. 1.): Cuicumque rei assentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur. Das fidem sequi ist also das Wesen des credere, aus dem credere und aus der Verletzung des Vertrauens entstand ursprünglich die Condiction; bei der quod jussu actio ist es ein Requisit, daß der Dritte patris fidem sequatur, hier kommt dasselbe Vertrauen zur Sprache, hier tritt ebenfalls wieder die Condiction so naturgemäß auf, daß uns nur ihre Verweigerung, wenn dieselbe ausgesprochen wäre, auffallen könnte, und es würde ein durchaus ungerechtfertigter Zwang sein, den man der organischen Entwickelung der Klage auflegte, wenn man aus ihr an dieser Stelle plötzlich aus Mißverständniß etwas ganz Anderes machen wollte, als sie ist und sein kann.

Die Condiction muß neben der quod jussu actio zustehen; allein sie geht auch hier nicht weiter, als sie überall reicht, nämlich nur auf Ausgleichung des durch widerrechtliches Haben gestörten Rechtszustandes. Die Contractsklage, z. B. die actio emti oder locati, kann nie als Condiction bezeichnet werden, die Condiction nie den Umfang haben, den jene hat. Wenn z. B. der Dritte jussu patris dem Sohne Etwas abkauft oder ein Haus abmiethet, den Kauf- oder Miethpreis erlegt, dagegen aber die Waare oder das Haus nicht em-

pfängt, so geht die Condiction auf Restitution des gegebenen Preises, nicht aber auf die sonstigen Leistungen, die mit der actio emti oder conducti erzwungen werden können. Die quod jussu actio ist mithin ebensowenig überflüssig gemacht durch die Condiction, wie die actio mandati, pro socio u. s. w., neben denen ebenfalls condicirt werden kann.

Das Resultat dieser letzten Untersuchung bei der vorliegenden Abhandlung ist also, daß auch durch die Condiction die practische Geltung der quod jussu actio nicht aufgehoben ist. Unverkennbar ist die Anwendung dieser Klage durch andere Rechtsmittel vielfach unnöthig gemacht, allein in einem engen Kreis von Fällen ist sie noch die ausschließlich zulässige, und dies, sowie ihre Bedeutung für die weitere Entwickelung der Lehre von der Stellvertretung, muß ihr stets eine Stelle im System sichern.

Quellen-Register.

A. Vorjustinianische Quellen.

B. Justinianische Quellen.

Codex.

Novella.

Häusler.